ISSN 2525-1678

VERANO 2017/2018

DERECHOS EN ACCIÓN

REDEA
REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN

VERANO 2017 / 2018

DERECHOS EN ACCIÓN

REDEA
REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN

STAFF EDITORIAL

EDITOR EJECUTIVO
Pablo Octavio Cabral

EDITOR GENERAL
Guillermo Raúl Moreno

EDITORES ASOCIADOS
José Ignacio López y María del Carmen Alemán

DERECHO PRIVADO
Rosario Echevesti

COORDINADORA
Marcela De Luca

CORRECTOR GENERAL
José Maitini

DIRECCIÓN DE ARTE
Nazarena Mazzarini

DIRECCIÓN LITERARIA
María Cecilia Rita Villegas

DISEÑO Y MAQUETACIÓN
Estudio melHibe

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich • Universidad de Buenos Aires
Luis Hipólito Alén • Universidad de Buenos Aires
Ricardo César Andreu • Universidad Nacional de La Plata
Gustavo Arballo • Universidad Nacional de La Pampa
Natalia Lorena Barriviera • Universidad Nacional de La Plata
Homero Bibiloni • Universidad Nacional de La Plata
Milay Burgos Matamoros • Universidad de La Habana, Cuba
Mario F. Cámpora • Universidad de Buenos Aires
Ángel Carballal • Universidad Nacional de La Plata
Franco Catalani • Universidad Nacional de La Pampa
Nicolás Cendoya • Universidad de la República, Uruguay
Guillermo Justo Chávez • Universidad Nacional de La Plata
Rodrigo Codino • Universidad Nacional de Avellaneda
Mario Coriolano • Universidad Nacional de La Plata
Solange Delanoy • Universidad Nacional de Rosario
Graciela de Ortuzar • Universidad Nacional de La Plata
Jesús Antonio de la Torre Rangel • Universidad Autónoma de Aguas Calientes, México
Enrique del Percio • Universidad de Buenos Aires
Diego Dolabjian • Universidad de Buenos Aires
Carlos Echevesti • Universidad Nacional de La Plata
Raúl Gustavo Ferreyra • Universidad de Buenos Aires
Leandro E. Ferreyra • Universidad de Buenos Aires
Lila García • Universidad Nacional de Mar del Plata
Juan Martín González Moras • Universidad Nacional de La Plata
Omar Heffes • Universidad de Buenos Aires
Víctor Eduardo Hortel • Universidad Nacional de La Plata

Juan Bautista Justo • Universidad Nacional del Comahue

Mariano Lovelli • Universidad Nacional de La Plata

Carolina Machado Cyrillo Da Silva • Universidade Federal do Rio de Janeiro

Fernando Maitini • Universidad Nacional de La Plata

Andry Matilla Correa • Universidad de La Habana, Cuba

Alejandro Medici • Universidad Nacional de La Plata

Enrique Javier Morales • Universidad Nacional de Formosa

Marcelo Pepe • Universidad Nacional de La Plata

Alicia Pierini • Universidad de Buenos Aires

Julián Portela • Universidad Nacional de La Plata

Carlos Raimundi • Universidad Nacional de La Plata

Esteban Rodríguez Alzueta • Universidad Nacional de Quilmes

Romina Ronda • Universidad Nacional de Cuyo

Johanna M. Romero • Universidad de Cuenca, Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez • Universidad Autónoma de Sal Luis Potosí, México

Alicia Ruiz • Universidad de Buenos Aires

Marcelo Saín • Universidad Nacional de Quilmes

David Sánchez Rubio • Universidad de Sevilla, España

Rodolfo Sosa • Universidad Nacional de La Plata

Juan Stinco • Universidad de Buenos Aires

Natasha Suñé • Universidad Nacional de La Plata

Ramón Torres Molina • Universidad Nacional de La Plata

Valeria Volponi • Universidad Nacional de La Plata

Antonio Carlos Wolkmer • Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil

Eugenio Raúl Zaffaroni • Universidad de Buenos Aires

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

VALENTINO TETTAMANTI

Nació en 1986 en de La Plata. En paralelo a sus estudios universitarios de la carrera de Artes Plásticas (orientación grabado), concurrió a cursos de dibujo e ilustración. Participó en numerosas muestras, en galerías y centros culturales como *Hollywood in Cambodia*, *Fiebre*, *Cósmiko*, *Trémula*, *Yonkingz*, *Ramos Generales*, *Mal de Muchos*, entre otros.

Se desempeña como ilustrador y diseñador *freelance*. Publicó trabajos en revistas como *THC* e *Inrockuptibles*, y diseñó afiches y discos para bandas argentinas y extranjeras. Actualmente trabaja como diseñador en *Cooperativa La Maqueta*.

POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

GUSTAVO CASO ROSENDI

Nació en Esquel en 1962. Reside en la ciudad de La Plata. Publicó *Elegía Común* (1987); *Bufón Fúnebre* (1995); *Soldados* (2009) - (2016); *Lucía sin luz* (2016) y *Todos podemos ser Raymond Carver* (2017).
Contacto: gustavocasorosendi@yahoo.com.ar

ANDRÉS SZYCHOWSKI

Nació en La Plata, en 1976. Publicó *17 discos de música africana* (2009), *La redundancia* (2011) –ambos en La Terminal Gráfica– y *Poezja*, editado por Zindo & Gafuri en 2015. Participó en las antologías *Si Hamlet duda le daremos muerte* (2010) y *La Plata Spoon River* (2014) (Libros de la talita dorada, colección Los detectives salvajes). Su último libro, *Antón Pávlovich*, saldrá por Pixel Editora en 2018.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

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

- Extensión en carillas: mínimo 8 y máximo 25, incluyendo citas y bibliografía.
- Letra Times New Roman, tamaño 11 para el cuerpo del texto y 10 para las citas y referencias bibliográficas.
- Las notas al pié 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 15

ENSAYOS 33

Los disfraces de la peligrosidad 35
Eugenio Raúl Zaffaroni

Letras en el espejo: el constitucionalismo realista de Ferreyra y el realismo constitucionalista de Berni . 46
Adriana do Carmo Figueiredo

¿Existe un ámbito de lo no jurídico? 72
Carlos Adolfo Zúñiga Rendón

Origen y alcance de la doctrina estadounidense del derecho constitucional 97
James Bradley Thayer (Trad. de Mariano Vitetta)

Filosofía política, justicia y género: aproximación al pensamiento de Platón y Rousseau en torno a las mujeres 132
María Verónica Piccone

Los retos de la administración pública frente a la 'pos realidad' 155
Guillermo F. Rizzi

COMENTARIO A LEGISLACIÓN 177

El sistema de los DDHH y sus jerarquías normativas . . 179
Alicia Pierini

El derecho a la identidad y su relación con el art. 579 del Código Civil y Comercial 193
Ana Lis Palacios

Introducción al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y procedimiento ante sus órganos de tutela 206
Leandro Kunusch y Martiniano Greco

El Ministerio Público no penal. Nuevas fronteras de actuación 234
Juan Pablo Rico

El derecho de acceso a la información pública en la Provincia de Buenos Aires. Aspectos normativos y jurisprudenciales 246
Ricardo S. Piana y Fernando M. Amosa

Novedades legislativas 278
Eduardo Baldi

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA 295

El proceso contencioso administrativo frente al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones 297
Pablo Octavio Cabral

Novedades de la Suprema Corte Bonaerense y la Corte Suprema Nacional 348
Juan Francisco Díaz

Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 356
James Vértiz Medina

Acceso a la justicia en procesos colectivos. Consideraciones a propósito del fallo ¨CEPIS" 360
Juan Pablo Martorelli

OPINIÓN 373

Prismas para un conflicto Nuestroamericano: la guerra etérea. Nuestra identidad y las relaciones internacionales 375
Carlos Raimundi

TRABAJOS DE GRADO 389

El Derecho como escudo ante el Maltrato Animal, ¿utopía o posibilidad? 391
Alejandra Evangelina Martínez Perdomo

INVESTIGACIÓN 407

Construyendo horizontes colectivos. Condiciones de trabajo y estrategias para su transformación en el periurbano platense 409
Mariana Gabrinetti y Marcos Schiavi

ENTREVISTAS 427

Entrevista al padre *Gustavo Oscar Carrara* 429

V. TETTAMANTI

EDITORIAL

A la memoria de Santiago

Acá estoy, sin estar.
Este es mi cuerpo, cobardemente
entregado por un Estado asesino.
Tómenlo y beban todos de él.
Porque este es el cáliz
de un país que no se va a rendir.
Sangre derramada
por una alianza perversa,
sin ningún tipo de perdón.

Hagan justicia en conmemoración mía.

(Inédito, 2017)

Autor: *Gustavo Caso Rosendi*

Editorial

Con la satisfacción de poder editar el sexto número de nuestra revista, iniciando un nuevo año, compartiremos en estas pocas páginas algunas reflexiones relativas a cuestiones relevantes del quehacer jurídico y social de la Argentina y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

En pocos días, el **24 de marzo**, recordaremos los 42 años transcurridos desde el último golpe cívico militar, con el constante reclamo popular de **memoria, verdad y justicia**; y con el sinsabor de vivir en nuestro país el posible otorgamiento del beneficio de prisión domiciliaria –a instancias del Poder Ejecutivo Nacional– a más de mil condenados por terribles violaciones a los derechos humanos durante la dictadura iniciada en 1976. El gobierno promovió esta medida desde el Servicio Penitenciario Federal, mediante la confección de un listado de 1.111 represores candidatos a continuar sus condenas en sus domicilios, incluyendo entre los beneficiados a Alfredo Astiz, condenado a prisión perpetua por los crímenes de lesa humanidad cometidos en Escuela de Mecánica de la Armada. Será decisivo, para el sostenimiento del estado de derecho, la esperada negativa por parte de los jueces que tienen a cargo supervisar el legal cumplimiento de las penas por parte de cada condenado en juicio. Y de ser necesario, el pueblo nuevamente tendrá que defender la democracia manifestándose pacíficamente en las calles, como ya lo hizo frente al fallo de la Corte Suprema que habilitó el beneficio del dos por uno para represores y genocidas.

La violación a los derechos humanos por parte de las fuerzas policiales y de seguridad hoy se manifiesta a través de conocidas prácticas como la **represión de manifestaciones populares** y el **gatillo fácil**.

El 8 de diciembre pasado, un policía vestido de civil que se dirigía a su lugar de trabajo, persiguió y disparó con su arma

reglamentaria a un joven que, junto a otro cómplice, acaba de cometer un violento robo contra un turista extranjero en el barrio de La Boca. Se trata de **Luis Chocobar**, integrante de la policía local de Avellaneda, quien declaró que debió actuar de esa forma ya que "el sujeto se me vino encima y tuve que defenderme". Luego, con la aparición de un video de una cámara de seguridad, se supo fehacientemente que Chocobar mintió. El delincuente fue baleado por la espalda cuando huía desarmado y sin representar ningún peligro para el policía ni para terceros. A los pocos días el joven falleció producto de los impactos de bala que recibió esa mañana. Hasta ahí, estamos ante un lamentable supuesto de gatillo fácil.

Pero el caso adquiere ribetes impensados cuando Chocobar es recibido como un héroe por el presidente de la Nación en la casa de Gobierno. "Estoy orgulloso de que haya un policía como vos al servicio de los ciudadanos. Hiciste lo que hay que hacer, que es defendernos de un delincuente", esa fue la enfática felicitación de Mauricio Macri al policía que había matado por la espalda al joven Juan Pablo Kukoc. Ahora bien, el caso "Chocobar" nos enfrenta, sin dudas, a un supuesto de pena de muerte sumarísima librada al criterio del funcionario policial actuante. El discurso y los gestos desplegados por el Gobierno en este caso, son de altísimo riesgo y atentan contra una sociedad democrática. Nunca se había llegado a tal punto de generar un aval tan explícito por parte del Poder Ejecutivo a un accionar policial que resulta completamente ilegal y repudiable. No debemos olvidar que, en general, las fuerzas de seguridad son muy sensibles a estas señales del poder político las que lamentablemente están dando lugar a otros casos de ejecuciones extrajudiciales.

Las autoridades construyeron discursivamente una –llamada por ellos– "doctrina" de sustento a este tipo de accionar de las fuerzas policiales, que se asienta en la premisa que afirma que el obrar del Estado se presume legítimo, concluyendo entonces que cualquier cosa que haga un policía es legal, hasta que se acredite lo contrario. Este razonamiento es falaz. La presunción

de legitimidad del actuar administrativo se circunscribe al derecho público y se encuentra –a modo de ejemplo– prevista para la manifestación formal de la voluntad estatal –acto administrativo o reglamento– en la ley de procedimientos administrativos (art. 12 de la ley 19.549; "El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios –a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial–…") y no puede bajo ninguna circunstancia extenderse al ámbito de la responsabilidad penal, aplicable por su actuación a los funcionarios públicos.

El impacto del apoyo explícito del gobierno, mediante la elucubración de la llamada "doctrina Chocobar", se refleja en el aumento de las prácticas de gatillo fácil por parte de las diversas fuerzas policiales y de seguridad del país. Un ejemplo más es el caso de **Facundo Ferreira** quien fue asesinado por la espalda por fuerzas policiales de Tucumán cuando regresaba a su casa en moto junto a un amigo tras haber presenciado "picadas" en la zona del parque 9 de Julio, en la capital tucumana. En circunstancias que se investigan, dos policías comenzaron a seguirlos y les dispararon. Facundo, de 12 años, recibió un tiro en la nuca y murió, mientras que su compañero, Pablo, de 14, resultó herido.

En este caso la Ministra Patricia Bullrich también se manifestó públicamente defendiendo a los policías que mataron por la espalda a un niño, endilgando la responsabilidad a las víctimas. En sus propias palabras; "Disparar o no por la espalda, depende de la situación. Es un detalle".

Esta postura pública de las autoridades nacionales evidencia un desconocimiento de la normativa jurídica a la que los agentes y funcionarios públicos del Ministerio de Seguridad –incluida la propia titular de la cartera y el señor Presidente de la Nación– se deben atener, en virtud del principio de vinculación positiva de la actividad administrativa con la ley o el ordenamiento jurídico. El Código de Conducta de las Naciones Unidas para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

(Código de Conducta) y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Principios Básicos) son ejemplos de instrumentos del derecho particularmente importantes en el ámbito de la aplicación de la ley a la hora de ejercer el uso de la fuerza pública con un arma de fuego.

La violación de las obligaciones que incumben a un Estado con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en el ejercicio de sus funciones entrañará la responsabilidad del Estado a nivel internacional, con inclusión de la obligación de proporcionar compensación y reparación (ver Documento "Reglas y normas internacionales aplicables a la función Policial" del Comité Internacional de la Cruz Roja –CICR–).

El uso de armas de fuego es objeto de normas específicas, ya que, después de todo, esas armas han sido diseñadas para matar. Las normas (Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión) abarcan, entre otros aspectos, las siguientes cuestiones.

Dado que un arma de fuego es potencialmente letal, su uso –en una aplicación lógica del principio de proporcionalidad– sólo puede ser aceptable si la intención es proteger contra la amenaza de muerte o de lesiones graves (Principios Básicos, n.º 9). La legislación nacional y los procedimientos del organismo de aplicación de la ley deben formularse con miras a asegurar que las armas de fuego se utilicen sólo como último recurso en esas situaciones.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley están obligados a identificarse como tales y a dar una advertencia antes de recurrir al empleo de armas de fuego (Principios Básicos, n.º 10), a menos que esa advertencia cree riesgos demasiado elevados o sea inapropiada o inútil. Deberá darse al destinatario de la advertencia tiempo suficiente para responder a ésta.

La formación y adiestramiento de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en el empleo de armas de fuego deben ser tan estrictos como sea posible, a fin de permitirles ofrecer las respuestas apropiadas incluso en situaciones de estrés y peligro.

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley –por disposición de la vigente Convención de Derechos del Niño– tienen obligaciones particulares con respecto a los niños, en particular, el deber de protegerlos y brindarles asistencia siempre que sea necesario. Los niños –como pudo haber sido el caso de Facundo Ferreira– pueden ser sospechosos de la comisión de algún delito, y a veces los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden verse obligados a emplear la fuerza contra los niños. En cualquier situación, se requiere que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley actúen con particular cuidado y sensibilidad al tratar con niños, a fin de prevenir que la acción de aplicación de la ley les cause traumas y daños duraderos.

Por último, la responsabilidad por el uso lícito y apropiado de las armas de fuego abarca también a los jefes máximos y responsables políticos de las instituciones policiales, quienes deben tomar todas las precauciones posibles para asegurar que las armas de fuego se empleen de conformidad con el marco jurídico vigente y protegiendo el derecho a la vida en la máxima medida posible. Esto se aplica tanto al control operacional inmediato de situaciones complejas como a la formulación de las instrucciones apropiadas para los procedimientos y la formación.

Sintetizando nuestra visión a éste respecto, disparar con un arma de fuego por la espalda no resulta un detalle, como afirmó la autoridad máxima de las fuerzas federales.

Otro aspecto que motiva nuestra preocupación es la situación del **Poder Judicial de la Nación**. En este sentido, observamos una ostensible interferencia por parte del Poder Ejecutivo que se puede verificar, por ejemplo, en los traslados de jueces que lesionan severamente nuestra institucionalidad.

En ese sentido, el Gobierno impulsó y logró la sanción de la denominada "Ley de Fortalecimiento de los Tribunales Orales en lo Criminal Federal y de los Tribunales Orales en lo Penal Económico" (ley 27.307, B.O. 30/12/16) que pretendió habilitar al Consejo de la Magistratura, por simple mayoría, a la "transformación" de jueces nacionales (ordinarios) en jueces federales (excepcionales).

La Corte Suprema, a través de Acordada 4/18 del pasado 15 de marzo, desbarató esta maniobra que vulneraba en forma explícita el mecanismo constitucional de designación de magistrados, por cuanto, la "transformación" de jueces que se intentó llevar adelante no cumplía con los concursos públicos ante el Consejo de la Magistratura, no había ternas vinculantes, ni envío de pliego, acuerdo del Senado, como tampoco designación presidencial. Tal fue el escándalo que el máximo tribunal, en instancia de superintendencia, negó la habilitación al Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Capital Federal Nº 9 dado que era fruto de la "transformación" del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 10 de la Capital Federal e integrado por tres jueces que no cumplían la pauta constitucional para desempeñarse como magistrados federales.

Lamentablemente crece día a día la utilización de los inverosímiles procesos penales con el objetivo de perseguir opositores y amedrentar a los críticos del Gobierno, metodología acompañada por el abuso de prisiones preventivas selectivas, difusión de escuchas ilegales y de manifestaciones públicas de las máximas autoridades del Poder Ejecutivo criticando a los magistrados que no resuelven las causas según sus criterios e intereses. El referido armado político-judicial se encuentra potenciado por la intervención de los medios masivos de comunicación militantes del Gobierno de la Alianza Cambiemos. Sucede todo ello en nuestra Argentina donde en democracia aún hoy existen presos políticos, injustamente encarcelados.

La independencia del Poder Judicial es necesaria a los fines de asegurar a los ciudadanos el derecho constitucional al debido proceso legal y las garantías de juez natural e imparcial.

En ese sentido, señalamos que no puede haber interferencias ni maniobras destinadas a desandar las pautas constitucionales. Como docentes de derecho esto siempre lo dejamos y dejaremos bien en claro.

El presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación **–Dr. Ricardo Lorenzetti–** acaba de lanzar públicamente los "**Lineamientos de Política de Estado para la transformación de los Poderes Judiciales nacional y provinciales**" en ocasión de inaugurar el año judicial. Fundamenta la pretendida extensión de la reforma (alcanza a todas las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Estado Nacional) en que, en virtud de que todos los ciudadanos del país tienen igual derecho a una tutela judicial efectiva, el proceso debe dar participación a todos los fueros y a los poderes judiciales del orden federal, nacional, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este aspecto debe incluirse tanto a los magistrados como a los funcionarios y empleados judiciales en las distintas etapas participativas.

Sostiene que el agente del cambio debe ser el propio Poder Judicial, liderado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en base a un consenso de todos los poderes del Estado. Esta declamación no se condice con la ausencia –en tal discusión pública– de las diversas voces de los trabajadores judiciales, cuyas asociaciones gremiales y sindicales no fueron convocadas a dicho diálogo de cúpulas.

También incursiona el proyecto en la educación universitaria referida a las ciencias jurídicas. Afirma que debe tenerse en cuenta que el Poder Judicial está estrechamente vinculado al contexto jurídico y, por eso, también es relevante incorporar la educación legal que se realiza en las universidades y el ejercicio y la regulación de la abogacía.

Al respecto, propone abordar la siguiente temática "Educación legal: currícula universitaria, educación práctica, educación profesional continua, habilitación profesional. Profesión legal: rol de los Colegios de Abogados en el control de la profesión y

en la evaluación del funcionamiento del Poder Judicial; jerarquización de la profesión, ética profesional en los procedimientos judiciales; cambios procesales que permitan mejorar la actividad profesional. Sistemas de habilitación profesional."

Es preocupante la pretendida monopolización de la mirada respecto de la formación de los abogados y la tarea que cumplen las universidades, en especial públicas, todo lo que se viene llevando a cabo desde la Corte Suprema, sin la necesaria participación de los actores centrales del proceso educativo. El planteo realizado desde el pedestal del cargo que su autor ostenta, desdibuja el enarbolado consenso, al expresar una concreta y efectiva ausencia de participación de las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas y de los sindicatos de trabajadores judiciales, invisibilizando además las autonomías provinciales y desmantelando el sistema federal sobre el que se construyó nuestra república. Pretende –desde una visión tecnocrática– realizar un recorte transversal que modifique todos los poderes judiciales, desde el federal hasta el comunal de la Ciudad de Buenos Aires, pasando por el de todas las provincias, cabalgando sobre un impoluto saber técnico y pisoteando las voluntades políticas de la totalidad de las jurisdicciones locales, que se verán afectadas por sus decoradas reformas eficientistas. Todo esto agravado por tratarse de una propuesta de reforma sobredimensionada cuya autoría recae en altos magistrados judiciales que cargan con un origen contramayoritario. Posiblemente sea el pueblo, a través de sus representantes políticos, el que deba debatir las facultades otorgadas constitucionalmente a magistrados judiciales que no son elegidos democráticamente, que deciden en última instancia sobre cuestiones centrales de la república y que –por lo general– pocas veces rinden cuenta de la forma en que resuelven los conflictos que se les plantean.

La **Red de Decanos/as de Facultades de Derecho de Universidades Nacionales de la Provincia de Buenos Aires** hizo público su total rechazo a cualquier intento de establecer un régimen de examen o evaluación previo a la habilitación para el ejercicio profesional, así como todo intento de descalificar la

validez para la habilitación profesional que poseen los títulos expedidos por las Universidades Nacionales.

Compartimos tal postura que sostiene que "La propuesta impulsada por el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiende a desconocer el carácter habilitante de los títulos expedidos por las Casas de Estudios, las que funcionan en el marco de la autonomía establecida por la Constitución Nacional y en el marco reglamentario establecido en la Ley de Educación Superior. Sorprende y llama la atención que quienes bajo la falsa premisa de sostener el déficit formativo de los profesionales del Derecho, desconozcan la tarea realizada desde la Facultades para la formación, capacitación y actualización de los estudiantes de abogacía como así también para la actualización de los graduados."

Los Decanos y Decanas de Facultades de Derecho rechazaron de esa forma cualquier intento que desde el Poder Judicial Nacional y/o Provincial, como así desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y/o Provincial, apunte a desarrollar mesas de diálogo vinculadas a proponer cambios en la enseñanza del Derecho, la formación del abogado y la calidad del título habilitante, sin la correspondiente participación de las Universidades y particularmente las Facultades de Derecho, únicas instituciones educativas legalmente constituidas para la formación profesional del abogado.

Concluyeron afirmando que "Las Universidades, reconocidas por la Constitución Nacional en el marco de su autonomía y autarquía institucional, política, económica, pedagógica y científica, poseen como misión "exclusiva y excluyente" la formación profesional, la capacitación permanente y la investigación científica. Cualquier intromisión sobre ello, no hace más que avasallar la institución universitaria. Abogamos por los debates y espacios de reflexión para el mejoramiento de la calidad del Derecho y de la enseñanza para los profesionales de hoy y del futuro, pero los mismos con la debida participación de las Universidades. No existen abogados que puedan ser formados

por fuera de las Universidades, por lo que todos los debates que vienen siendo anunciados por el Ministerio de Justicia bonaerense o de la Nación Argentina o de la Corte de Justicia Nacional deben ser realizados con la participación y palabra calificada de las Facultades de Derecho. En este año del "Centenario de la Reforma Universitaria" no queremos ni permitiremos ser testigos silenciosos de un avasallamiento de nuestras instituciones, reafirmando un principio centenario como es la autonomía de las Universidad Pública en la República Argentina."

En línea con el proyecto justicia 2020 del Ministerio de Justicia de la Nación y con las reformas propuestas por el presidente de la Corte Suprema, la gobernadora bonaerense envió a la legislatura dos proyectos de ley, uno en que se propicia la creación de una **Comisión Permanente del Mapa Judicial de la Provincia de Buenos Aires** y otro en el que se realizan modificaciones a la ley de **Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios provinciales**.

Respecto de la Comisión Permanente del Mapa Judicial el proyecto de ley le asigna una participación esencial en las decisiones concernientes a la creación o transformación de órganos judiciales, habilitándola a modificar estructuras judiciales, redistribuir recursos humanos, y adoptar todas aquellas medidas necesarias para controlar y asegurar una adecuada gestión judicial, y mejorar auténticamente el servicio de justicia. Dispone entre sus funciones; proponer las modificaciones que estime necesarias en el ordenamiento territorial y funcional del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires; opinar en todo proyecto de ley en el que se proponga la creación o transformación de órganos judiciales o del Ministerio Público; impulsar la sanción de un nuevo texto sistematizado de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires; desarrollar planes especiales de políticas judiciales; proponer planes de capacitación permanente y obligatoria para todos los recursos humanos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires; realizar un diagnóstico integral del servicio de justicia en la Provincia de Buenos Aires; adoptar las medidas necesarias para la debida

publicidad y difusión de sus dictámenes, opiniones y/o decisiones. Una primera objeción que podemos adelantar sobre este proyecto de ley es la notoria delegación de funciones propias de los poderes constituidos institucionalmente, alterando la distribución de tareas efectuadas en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Pone en crisis además el principio de división de poderes, pretendiendo obligar al Poder Judicial a integrar un nuevo órgano infra constitucional, en clara minoría respecto de los restantes poderes constituidos, al que le asigna muchas funciones que, por mandato constitucional, le pertenecen a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Asimismo, establece la integración de la misma por dos representantes del Poder Ejecutivo, un representante del Poder Judicial, un representante de la Procuración General, un representante del Colegio de Abogados, un representante por cada cámara del Poder Legislativo. Resulta más que evidente la ausencia de representantes de los trabajadores judiciales organizados gremialmente en la Asociación Judicial Bonaerense. Tampoco integra la comisión ningún representante de la academia pública provincial. El proyecto, a diferencia del antecedente de la ley 13.778 (modif. por ley 13.822), además de ampliar ostensiblemente las funciones de la Comisión y trasladar su sede de la Legislatura al Ministerio de Justicia, tampoco contempla en su integración la participación de las minorías legislativas. Sintetizando, es un proyecto que violenta nuestra constitución, debilitando su sistema republicano y afectando negativamente el Estado de Derecho que debe prevalecer en nuestra organización política provincial.

El segundo de los proyectos redactados por la Alianza Cambiemos bonaerense propone modificaciones a la Ley Nº13.661, de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires. Entre las reformas más significativas se establece que el Presidente del Jurado rija el órgano, en todas aquellas denuncias o requerimientos que se hayan presentado durante su desempeño en tal carácter. Es decir, se contempla la actuación del Presidente del Jurado desde la

denuncia o requerimiento hasta la finalización del proceso, con fundamento "en razón de que se halla inmerso el principio de juez natural, que debe ser cumplido por el Estado, mediante sus instituciones". Esta propuesta se encuentra en colisión con el texto del artículo 182 de la Constitución bonaerense que establece que integrará el jurado de enjuiciamiento "el presidente de la Suprema Corte de Justicia que lo presidirá", modificándose sucesivamente tal integración con cada nueva presidencia del tribunal. La garantía del juez natural está dada por la competencia dispuesta constitucional y legalmente en forma previa al evento que genera su intervención. Con dicho criterio ningún juez podría jubilarse –o aún– fallecer antes de dictar sentencia, pues se estaría violentando la garantía del juez natural.

Pasando a otro tema de relevancia social, el 8 de marzo se realizó el **Paro Internacional de Mujeres**, con alta convocatoria en cientos de ciudades del mundo. Argentina no estuvo atrás y en la mayoría de las ciudades se llenaron las plazas de mujeres, lesbianas, travestis y trans, reclamando sus derechos. La organización previa se realizó en asambleas, donde cada encuentro fue escenario de discusiones y acuerdos para plantear consignas y tomar medidas en pos de la defensa de nuestros derechos. El paro tuvo como principales consignas: poner freno a los femicidios: el machismo, la misoginia y el odio hacia lesbianas, mujeres bisexuales y trans matan (en 2017 fue asesinada una mujer cada 18 horas), por ello el reclamo de justicia para todas las víctimas de femicidios y la exigencia al Gobierno de políticas públicas contra la violencia y la asignación de recursos para que las mismas se puedan llevar a cabo. Contra el ajuste que hoy encara en nuestro país el gobierno de Mauricio Macri y la Alianza Cambiemos, que pesa más sobre las mujeres, precarizando sus vidas, por el cese de los despidos y la flexibilización laboral, rechazando todas las formas de violencia laboral contra las mujeres. Para exigir aborto legal, seguro y gratuito, porque el aborto clandestino es la principal causa de muerte de mujeres gestantes. Por estos

y muchos derechos mas, cientos de mujeres dijeron no a toda forma de explotación y opresión en el grito de: ni una menos, vivas nos queremos.

El Gobierno Nacional accedió al tratamiento en el Congreso Nacional del proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, presentado en 2016 por sexta vez, por la Campaña Nacional por el **Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito**.

En los fundamentos del proyecto se expresa que "los derechos sexuales y los derechos reproductivos son derechos humanos y deben ser reconocidos como derechos básicos de todas las personas. Para eso, es necesario garantizar el acceso universal a los servicios públicos que los sostienen". Por ello y con el lema "educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir", se intenta comprometer al Estado para que garantice con políticas públicas el acceso a esos derechos, debiendo efectuar cambios en la educación, salud, seguridad y justicia.

Muchas voces resonaron en los medios a favor y en contra de la despenalización del aborto, pero con ello se ha demostrado que el debate era inminente y una deuda pendiente con la sociedad. Las opiniones se encuentran divididas aún fuera y dentro del oficialismo, debiendo los legisladores dejar sus credos y creencias religiosas al votar esta ley, que ante todo es un reclamo histórico de la mujer.

El Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, que en muchos casos aparenta diferenciarse de las políticas de ajuste que viene infligiendo el gobierno nacional; a pocos días del inicio del ciclo lectivo asestó un golpe muy duro a la **Educación Pública en el territorio provincial**. Alegando la baja matrícula a partir de un censo realizado por la Dirección General de Escuelas, la Gobernadora Vidal ordenó la clausura de 49 escuelas y jardines de infantes. 8 de ellas en el Delta de San Fernando, 2 en la Isla Martín García y 39 en zonas rurales de Pellegrini, Chascomús, Castelli, Laprida, Lezama, Ayacucho, Tres Arroyos, Lincoln, Tres Lomas, Rauch, Tordillo, Pringles, Exaltación de La cruz,

Chacabuco, Chivilcoy, 9 de Julio, General Belgrano, Dolores, General Guido, Cháves Coronel Dorrego, Villarino y Olavarría.

Resulta muy contradictorio escuchar hablar a las autoridades gubernamentales de los malos resultados del denominado "Operativo Aprender" y de su preocupación por aumentar la calidad educativa; a la par que en los hechos se cierran establecimientos educativos.

¿Resulta una disgresión la enumeración efectuada párrafos más arriba?

Creemos que no. Pues su explicitación permite inferir variadas conclusiones. La que surge a primera vista es la vastedad de los afectados con esta medida. Vastedad en lo que respecta a la extensión territorial como a las niñas y niños afectados, en su mayoría de bajos recursos, que tienen que recorrer largas distancias en lancha, a caballo o caminando para llegar a las instituciones educativas. Bajo el remañido argumento neoliberal de la optimización de recursos, con esta medida niñas y niños pasan a ser fichas en un tablero, sin importar las posibilidades concretas de movilidad hacia las escuelas "de reagrupamiento", en un contexto de geografías complejas, lanchas colectivo que se cancelan, caminos rurales en pésimas condiciones y estaciones de trenes cerradas.

Otra conclusión, lapidaria, es que con estas medidas el Estado no está garantizando el Derecho Humano a la Educación, a la vez que desconoce la función de las escuelas rurales como centros de encuentro y sociabilidad entre las y los habitantes de parajes aislados y distantes entre sí. Con este retroceso en políticas públicas, queda en evidencia la política estatal de no impulsar el desarrollo en los pequeños pueblos o parajes, fomentando el éxodo rural.

En esta misma línea, a través de la Resolución 1657/17 de la DGE, se dispuso la clausura de las escuelas nocturnas de la Provincia de Buenos Aires. Con el conocido método de la "reconversión"; según esta norma a partir del 1° de enero de 2018, los alumnos de 18 años o más, que requieran iniciar o finalizar sus

estudios, primarios y/o secundarios, deberán concretarlos bajo las diferentes ofertas educativas dependientes de la Dirección de Educación de Adultos. Se habla de una plataforma semi-presencial con sólo 3 días de cursada. Pero al cierre de esta edición nada hay implementado ni información disponible respecto de esta nueva modalidad educativa. Descontando, además, que ha sido progresivo y cada vez más extendido el cierre de centros en donde se dictaba el PLAN FINES.

En fin; queda claro que la Educación Pública "gradualmente" deja de ser una política de estado, adunando a lo expuesto la baja en el presupuesto educativo y en el de ciencia y técnica, la derogación de facto de la obligación legal del Estado Nacional de fijar la paritaria nacional docente, la política bien definida de hacer perder poder adquisitivo a las y los docentes con ofertas salariales que no sólo no recuperan lo que ya se perdió en estos dos últimos años, sino que resultan irrisorias (15% sin cláusula gatillo) respecto de las expectativas inflacionarias, aún las más alentadoras.

Algunas de las irracionales medidas que mencionamos están siendo reconsideradas gracias a la lucha de las comunidades involucradas y las asociaciones gremiales. Ejemplo paradigmático es la marcha atrás que se dio respecto del cierre de las escuelas del Delta, después que toda la comunidad apoyara la labor de la escuela pública en su vida y en su cultura.

Sin lucha no se enfrenta a la arbitrariedad. Por eso destacamos, en el ámbito universitario local, que en el **Congreso Extraordinario de la CONADU** celebrado el 20 de marzo del corriente y del que participaron los congresales de la Asociación de Docentes Universitarios de La Plata (ADULP), se definió la exigencia al Gobierno Nacional de un aumento salarial del 25% para las y los docentes universitarios, que se suma a la denominada "cláusula gatillo" y la jerarquización contemplada en el Convenio Colectivo de Trabajo. También se definió un plan de lucha que incluye un paro de 48 horas los días 10 y 11 de abril de 2018. Además, en relación con las consideraciones

que efectuáramos respecto del debate sobre el aborto legal y gratuito, el documento final del Congreso incluyó la importancia de apoyar el proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Al cierre de esta edición, también la CONADU HISTÓRICA adhirió por voto unánime a la medida de fuerza antes mencionada, lo que demuestra la comprensión de la gravedad de la situación que atravesamos todas y todos las y los docentes de las universidades públicas.

Por último respecto de la situación bonaerense, no queremos dejar pasar que la Gobernadora de la Provincia de Buenos Aires –María Eugenia Vidal– dispuso por Decreto Nº 1100-E el cierre de la **Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial (UEPFP)** que fuera hasta ese momento una empresa pública argentina propiedad de la provincia de Buenos Aires que brindaba el servicio de transporte ferrocarril de pasajeros en toda la provincia. Según dicho decreto a partir del 15 de marzo pasado los trenes bonaerenses pasaron a ser operados por el ministerio de Transporte de la Nación. Ferrobaires había sido creada el 15 de enero de 1993 por el decreto provincial 99/1993, y heredó de Ferrocarriles Argentinos la prestación del servicio interurbano de pasajeros tanto en su provincia de origen como en la vecina provincia de La Pampa en parte de las líneas Roca, Sarmiento y San Martín de la red ferroviaria argentina a través de un convenio ratificado por la ley provincial 11.547. Además de los servicios regulares, corría también un tren especial entre Constitución y la ciudad balnearia de Mar del Plata. Esta medida de ajuste descapitaliza a nuestra provincia, dejando trabajadores ferroviarios en la calle y centenares de pueblos y ciudades sin el eficiente servicio de transporte que brinda el tren.

En el ámbito de nuestra **Universidad Nacional de La Plata**, y habiéndose concluido el proceso electoral en las distintas facultades que la integran a fines del año pasado, resta ahora la elección del próximo presidente para el período 2018-2022. Recordemos que el Presidente es el representante máximo de la universidad en todos los actos cívicos, administrativos y académicos, y que de acuerdo a lo dispuesto por el estatuto,

dura cuatro años en sus funciones no pudiendo ser reelecto para el período inmediato siguiente. Así, en el mes de abril de este año, los profesores, jefes de trabajos prácticos, ayudantes diplomados, graduados y estudiantes que integran los Consejos Directivos, más los diez representantes no docentes y el representante docente de cada uno de los establecimientos del Sistema de Pregrado Universitario que integran la **Asamblea Universitaria**, se aprestarán a designar al próximo presidente de la UNLP.

Hasta el momento de la finalización de la presente nota, el único candidato que aúna fuerte consenso para ocupar el sillón de Joaquín V. González es el actual Vicepresidente de la Universidad Nacional de La Plata, arquitecto **Dr. Fernando Tauber**. Se trata de un egresado de la Universidad Nacional de La Plata (1979), que ingresó a la docencia de la UNLP en el año 1984. Es Graduado Ilustre y Profesor Extraordinario de la UNLP en el rango de Honorario y obtuvo el título de Doctor en Comunicación en 2008, destacándose entre sus antecedentes que en el año 2012 fue distinguido como Ciudadano Ilustre de la Ciudad de La Plata "por su constante aporte al desarrollo de la Ciudad y la región y la férrea defensa de la Universidad Pública". En el año 2013 fue distinguido como Personalidad Destacada de la Educación Pública de la Provincia de Buenos Aires por Ley Provincial 14.545 votada por unanimidad en ambas Cámaras. En el año 2017 recibió la Mención de Honor Domingo Faustino Sarmiento "por su invaluable desempeño en la defensa, mejoramiento y promoción de la educación pública en nuestro país y por su constante apoyo al desarrollo nacional", otorgada por el Honorable Senado de la Nación. Auguramos la mejor de las gestiones a quienes sean elegidos para dirigir nuestra casa de estudios, ya que vivimos tiempos en que la educación pública –en general y en especial la docencia universitaria– se encuentra sujeta a programas de ajuste presupuestario y un embate descarnadamente neoliberal por parte de las autoridades nacionales. Hoy más que nunca es necesario redoblar la defensa de la universidad pública autónoma, gratuita, de calidad y –sobre todo– inclusiva.

Debemos recordar que este proceso de designación de nuevas autoridades transcurre exactamente a un siglo de la recordada "reforma universitaria" de 1918. En efecto, en marzo de ese año los estudiantes de la Universidad de Córdoba darán inicio al movimiento estudiantil que se extenderá rápidamente a otras universidades del país y de Latinoamérica. Llevarán como banderas los principios de autonomía universitaria; cogobierno; extensión universitaria; libertad y periodicidad de cátedras. Desde aquí nuestro humilde homenaje a aquellos dirigentes estudiantiles que tuvieron el coraje y la valentía de iniciar un proceso de democratización de la enseñanza universitaria en tiempos difíciles para el país.

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

Los esperamos en la edición otoño de 2018.

STAFF EDITORIAL

V. TETTAMANTI

ENSAYOS

Indiferentes

A Gustavo Caso Rosendi y Martín Raninqueo

Una guerra le declara la guerra
a otra. Ésta responde
no sin antes provocar conflictos bélicos
en tierras aledañas. Declaración
tras declaración, las guerras
se van haciendo una
hasta que las acciones conjuntas
cubren de cuerpos apagados casi
toda la faz de la Tierra.
Incluso en un escenario así
es posible imaginar a cientos de sujetos
que no se enteran de nada,
indiferentes
entre los escombros, aunque un dios
los críe y ellos se junten.

Autor: *Andrés Szychowski*

Los disfraces de la peligrosidad
(La pena del delito común contra la propiedad)

Eugenio Raúl Zaffaroni

1. Objeto e hipótesis. *La culpabilidad es el conectivo entre el injusto y la pena* y, por ende, el concepto más *esencialmente penal* de la teoría del delito, donde ninguna otra rama del derecho puede acudir en ayuda del penalista, salvo el constitucional, que las nutre a todas.

En los últimos años, si bien se afirma casi con unanimidad que *la pena debe tener la medida de la culpabilidad*, el concepto de culpabilidad se dispersa en múltiples acepciones, lo que muestra el desconcierto de la doctrina penal.

No pretendemos en el reducido espacio de una exposición detallar estos ensayos conceptuales, sino sólo sobrevolarlos con el objeto de verificar las hipótesis de que todos ellos configuran diferentes esfuerzos constructivos que tienden (a) a disfrazar de *culpablidad* a la vieja *peligrosidad positivista* (b) o a conceptos con pareja funcionalidad policial; (c) constatar que esta discusión adquiere relevancia práctica casi por entero en los casos de reiteración de *delitos contra la propiedad*. Por último, (d) nos planteamos si es posible compatibilizar la culpabilidad con le ética, al menos en cierta medida.

2. La cuestión proviene de la Edad Media. La pena conforme a un reproche personal formulado a un humano (persona) con autonomía moral, es una idea que se remonta a los *primeros penalistas (glosadores y prácticos)*, en contradicción con los *demonólogos,* que reclamaban penas duras para las brujas por su *peligrosidad policial*, pese a que según la misoginia de la época, que las consideraba menos inteligentes que el hombre, merecían menor reproche. Por ende, la contraposición de culpabilidad y peligrosidad no es nada nuevo, sino casi milenario.

3. El positivismo retoma la tesis de los demonólogos. Desde fines del siglo XIX y hasta bien entrado el siglo pasado imperaba el *positivismo penal*, resultante de la *coalición de médicos y policías,* en el paradigma del reduccionismo biologista en versión *spenceriana* o sea, del *racismo colonialista*, para el cual los delincuentes eran seres inferiores parecidos a los colonizados. La pena debía ser medida por su proclividad al delito, llamada *peligrosidad*, fijada por sus médicos y jueces con neto criterio de orden policial y moralino, propio de la burguesía europea de la *Belle Epoque.* El juez era una suerte de *leucocito que debía eliminar las células infecciosas del cuerpo social.*

4. La confusión creada por el positivismo de von Liszt. Cuando la versión italiana del positivismo racista *spenceriano* (Ferri) se opacó, parte de Europa continental y toda Latinoamérica importaron de Alemania la dogmática penal. El primer autor que trajeron fue Franz von Liszt, que era un *positivista matizado* (con tintes autoritarios), que medía la pena por *peligrosidad* para los *ocasionales*, pero pedía reclusión indeterminada para los *habituales*, es decir, para ladronzuelos.

Von Liszt creó confusión al llamar *culpabilidad* a lo que hoy es el tipo subjetivo, como vínculo de *causalidad psíquica* entre la voluntad y el resultado, en forma de dolo y culpa. Este curioso bautismo escondía que en realidad von Liszt *suprimía la culpabilidad de la teoría del delito* y dio lugar a la llamada *teoría psicológica de la culpabilidad*, generadora de disputas interminables, que hoy son curiosidades históricas.

5. Vuelve la *forma ética* tradicional con Frank. Con la llamada *teoría normativa compleja* de Frank la culpabilidad recuperó su forma de reproche personal, que lo retomaba de la *ética tradicional* (Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Kant, Hegel), como corresponde a su etimología germana (*Schuld*, *deuda*, igual que en la versión antigua del *Padre Nuestro*), aunque conservando en su contenido al dolo y a la culpa, o sea, que en el juicio de reproche incluía también al objeto reprochado.

En un paso más adelante, Helmuth von Weber, el Graf zu Dohna y especialmente Hans Welzel, transfirieron el dolo y la culpa al injusto, dando lugar a la *teoría normativa homogénea* de la culpabilidad.

Desde Frank el derecho penal rescató de la ética tradicional *la forma pero no el contenido*, porque la *selectividad estructural* del poder punitivo no es para nada ética. Como es imposible separar radicalmente la forma del contenido, la recuperación de la mera forma chocaba contra la legitimación ética de la selección policial criminalizante.

6. La disfuncionalidad policial de la culpabilidad. La disfuncionalidad policial se manifestaba en que serían menos reprochables los más pobres (menos espacio social) y los habituales y reincidentes (el *hábito* inclina a la reiteración y requiere un mayor esfuerzo para elegir la conducta conforme a derecho), o sea, que *los peligrosos policialmente serían los menos culpables penalmente*. Se volvía a plantear el problema que provenía del Medioevo.

7. Se inventa la doble vía: penas por peligrosidad. Al tiempo que se preguntó si el reproche debía ser formulado conforme a la psicología individual o según un estándar de exigibilidad (Freudenthal), se decidió dar refugio a la *peligrosidad* mediante el *cambio de nombre a algunas penas*, llamándolas *medidas de seguridad* (Stooss y sus proyectos suizos), lo que se denunció como *embuste de las etiquetas* (Kohlrausch).

La peligrosidad, sacada por la puerta de la teoría del delito, volvía por la ventana sobre los *no delincuentes* (inimputales) y se extendía a los *medio delincuentes* (semi-imputables), pero como eso no era suficiente conforme a los reclamos policiales, se dispusieron también *medidas* (penas largas indeterminadas) contra los *habituales* (proyectos y reforma penal alemana de 1933 y código Rocco de 1930), resucitando las penas de *galeras* y de *relegación* francesas e inglesas. Esta es la famosa *doble vía*, que tanto ha dado que hablar.

8. El juez omnipotente: culpabilidad por la conducción de vida. No conforme con este regreso, se planteó una reformulación del propio concepto de culpabilidad apelando a la misma ética tradicional (Mezger). Así se propuso que el reproche no se limitase al ámbito de decisión para el acto, sino a *toda la elección existencial del sujeto*, como *culpabilidad por la conducción de la vida*, generalizando la *actio libera in causa* conforme a la ética aristotélica, pero olvidando que Aristóteles no estaba limitado por la legalidad típica (que estaba suprimida en ese momento). Se propugnaba de este modo, una suerte de *juicio final en la tierra* : el juez pasaba a ser *un Dios juzgador de toda la vida del ladrón*.

9. Culpabilidad de autor y personalidad. Otro de los caminos ensayados, volvía también al *derecho penal de autor* mediante el *reproche a su personalidad o carácter*, como otra máscara de la vieja peligrosidad policial: cuanto más inherente a la personalidad era la conducta delictiva, mayor era el reproche que se le formulaba al autor (Sauer). Se llegó a proponer *dos culpabilidades*: una para reprochar *el acto* y otra para *cuantificar la pena*, la primera *de acto* y la segunda *de personalidad* (Bockelmann). Hasta hoy se suele sostener una confusa *teoría combinatoria* de ambas.

10. *Etización* del derecho penal. Una variable la ofreció la llamada *etización moderada* del derecho penal, que presume que los tipos penales importan una *exigencia ética mínima* en la sociedad y, por lo tanto, lo reprochable es la medida en que el sujeto omitió el *esfuerzo necesario para vencer las pulsiones* a la violación de mandatos éticos elementales (Welzel). Además de otras consideraciones (no todos los delitos obedecen a motivaciones inmorales), es insostenible ante la actual inflación desordenada de tipos penales (cuya banalización abarca conductas que muchas veces nada tienen que ver con la ética) y la obvia violación de la ética por parte del propio poder punitivo, debido a su creciente y ostensible *selectividad*.

11. La culpabilidad como ficción necesaria. Ante el avance del *fisicalismo* en la posguerra y la discusión entre *determinismo e indeterminismo* (que se pierde en los tiempos), se propuso considerar que la culpabilidad se basa en una *ficción necesaria* (Roxin), criterio que pasa por alto que *ambas son posiciones inverificables* (pese a alguna apresurada lectura penal de los aportes de las neurociencias). Además, esta tesis se choca frontalmente con *la antropología jurídica constitucional*, pues de ella resultaría que *la democracia representativa y el Estado de derecho estarían asentados sobre una mera ficción*.

12. Supresión autoritaria de la culpabilidad. El recurso más extremo para resolver la contradicción de la culpabilidad con las demandas policiales, consistió en *prescindir directamente de la culpabilidad*, pero por una vía diferente a la de von Liszt.

El más notorio de estos intentos introdujo confusamente la *personalidad y el ánimo en el injusto*, dando lugar a un *derecho penal de voluntad*, que persigue como objetivo detectar la disposición *enemiga de la sociedad*, impuesta por una *pseudoética* creada por mandato político, para depurarla de sus *asociales disfuncionales al sistema comunitario*. Conforme a este objetivo, *los delitos serían omisiones de cumplimiento de esos mandatos pseudoéticos* y, de ese modo, el reproche se instalaba en la antijuridicidad, teniendo como objeto el escaso o nulo ánimo del sujeto para cumplir ese supuesto deber ético *comunitario* (Dahm y Schaffstein). Se quiso llamar a esto *teoría unitaria del delito*, pero no fue tal, sino una *confusa hipertrofia del injusto penal* convertido en *derecho penal de voluntad*, en base a una *radical etización arbitraria* de todo el derecho penal.

13. ¿Culpabilidad o punibilidad? En las últimas décadas y conforme a un planteo que toma elementos de la *sociología sistémica* (Luhmann), los combina con un *marcado normativismo* y cierra con *componentes idealistas* (Hegel), al tiempo que rechaza toda verificación empírica, se tiende a combinar y hasta identificar la culpabilidad con la punibilidad, lo que conduce

a *otra forma de suprimir la culpabilidad con su formato ético tradicional*. La pena tendría por medida lo que fuese necesario para *renormalizar*, pero también ratificaría la vigencia de la norma y fomentaría la confianza en el sistema (Jakobs).

14. Co-culpabilidad como compatibilización con el contenido ético. En medio de estas disputas, se intentó compatibilizar la *forma* ética de la culpabilidad con el *contenido*, relevando la *diferencia de espacios sociales en sociedades estratificadas* (disparidad de oportunidades). Es la llamada *co-culpabilidad* (*Mit-Schuld* que proviene de Marat y del buen juez Magnon), según la cual la sociedad debe cargar con la parte del reproche que le incumbe por haber negado a un sujeto el espacio que dio a otros. Este ensayo de *reconciliación ética* se receptó tímidamente desde hace casi un siglo en algunos códigos (como el argentino).

15. En la práctica esta discusión no se refiere a delitos graves ni muy leves. Si bien en los textos de los penalistas estas discusiones suelen referirse y ejemplificarse con delitos de homicidio, sexuales, seriales, etc., lo cierto es *que en la práctica judicial esos crímenes graves nunca fueron un serio problema para los jueces,* pues en todos los tiempos ninguno de ellos dudó en habilitar para esos delincuentes *patibularios* la penas más graves, lo que –con cualquier fundamento teórico– siguen haciendo hasta el presente. Pero *tampoco lo son los muy leves*, resueltos ahora con *probation*, condena condicional, etc.

Si los libros acuden a esa ejemplificación aterradora, es porque pasan por alto que *el delito en general* es una creación de la teoría jurídica que ordena las preguntas acerca de todo hecho típico, a efectos de facilitar a los jueces decisiones racionales, pero ese *delito general* no existe en la realidad, pues cualquier víctima sabe que no lo es *del delito,* sino de robo, estafa, lesiones, hurto, daño, etc. En efecto: los tipos del código penal describen *hechos de entidad y desvalor social totalmente diferente.* Basta pensar que entre una violación y un libramiento de cheque sin provisión de fondos no cabe ninguna comparación en cuanto a

gravedad, daño físico y psíquico, dolor de la víctima y reprobación social. Se diría que *lo único en común es que están descriptos en la misma ley.*

16. El delito reiterado contra la propiedad que colma los juzgados. Los procesos que cargan los casilleros de todos los juzgados del mundo según señalan todas las estadísticas de sentencias, son por *delitos contra la propiedad* y, en segundo lugar, a veces por delitos de *tenencia y distribución minorista de tóxicos prohibidos,* que plantean el mismo problema al derecho penal y a los jueces: ¿Qué hacer con los delitos reiterados no muy graves? ¿Qué hacer con los delincuentes no muy dañinos, pero medio tontos y molestos? Estos procesos son *el pan nuestro de cada día* para cualquier juez de nuestro mundo cultural.

La delincuencia reiterada contra la propiedad (*rateros* y similares) es la que da lugar al eterno reclamo policial de *penas sin proporción con la culpabilidad*, frente a lo que el penalismo balbucea, trata de disfrazar a la peligrosidad de culpabilidad o de eliminar la culpabilidad y, en definitiva, cae en la *Babel conceptual* que acabamos se sobrevolar. Toda esta abigarrada discusión teórica, en definitiva –malgrado los librescos ejemplos patibularios–, en la práctica judicial *cobra relevancia casi exclusivamente en la reiteración de delitos contra la propiedad* y, dependiendo del país, en delitos leves relacionados a tóxicos.

17. La insuficiencia de la co-culpabilidad. Sin duda que la *co-culpabilidad* a que hicimos referencia fue un intento de compatibilizar *la forma y el contenido ético de la culpabilidad penal*, paliando las diferencias de oportunidades determinadas por la pertenencia de clase. Si bien reduce el choque contra la ética al tomar en cuenta la estratificación social, *no agota la consideración de toda la vulnerabilidad a la selección criminalizante*, que excede la mera pertenencia a una clase social.

En efecto: la *criminalización secundaria* se distribuye selectivamente por *estereotipos*, siendo *la clase social sólo uno de los componentes del estereotipo del delincuente* o del

peligroso, pero no el único, puesto que éste se completa con labilidad personal, historia de vida, traumas y carencias prematuras, aspecto físico, caracteres étnicos, vestimenta, usos y hábitos adquiridos, orientación e identidad sexual, etc. Todo ese conjunto es lo que determina el estereotipo y la consiguiente *vulnerabilidad*, configurando el *status de estereotipado* y, por ende, de *vulnerable a la selección criminalizante secundaria*.

18. ¿Hasta qué punto es posible *etizar* al poder punitivo? La pretensión de *etizar el derecho penal* es una regresión (más o menos grave según la intensidad) premoderna o *pre-iluminista*, que quiere reprochar su falla ética *al infractor*, cuando *el propio poder punitivo se comporta faltando a la ética,* en razón de su *selección por vulnerabilidad* (quien hoy está lejos del poder de las corporaciones transnacionales es vulnerable, pero el más cercano es impune). El poder punitivo *no está libre de pecado para arrojar la primera piedra*, y el derecho penal, justamente, debería esforzarse por *etizarlo*, y no por introducir confusiones y conceptos que disimulen sus pecados. ¿Pero hasta qué punto es posible una *etización del poder punitivo*?

El poder punitivo es un *hecho político* cuya selectividad aparece como característica *estructural y no accidental*. Si bien es posible reducirla, es un sueño cancelarla por completo. Quienes lo han pretendido teóricamente, acabaron por postular su abolición (Hulsman, Christie), lo que importa un nuevo y diferente modelo de sociedad y civilización, o sea, una transformación de la ética mundial que no se logrará desde el limitadísimo objetivo de la dogmática penal. En tanto, el poder punitivo –que goza de muy buena salud– *nunca será por entero ético*. No obstante, *el esfuerzo por reducir la selectividad no sólo es válido, posible y ponderable, sino necesario*, puesto que se verifica que existen ejercicios de ese poder cuya selectividad es indignante, pero también otros mucho menos selectivos: no son lo mismo los pecados graves que los leves.

19. Estado y situación de vulnerabilidad. La culpabilidad y el reproche presuponen la *autodeterminación de la persona*, lo

que no implica un indeterminismo (o *libre albedrío*) absoluto, porque no es humano (nadie dispone de un catálogo infinito de posibles conductas en cualquier constelación situacional). Además, semejante *imposible humano* implicaría la posibilidad de convertirse en otro y, por ende, no podría responsabilizarse a nadie (la persona que se juzga no sería la misma que cometió el delito). Pero tampoco los seres humanos se vinculan sin presuponer *cierto grado de autodeterminación*, lo que se verifica incluso en el propio uso del lenguaje. No obstante, los catálogos de posibles conductas son diferentes, según condiciones externas (sociales) y sujetivas (internas), no siendo racional un reproche que ignore estas diferencias de espacios de decisión.

El poder punitivo se expande como una infección, recayendo sobre los más *vulnerables*: el estafador común que vende la máquina de fabricar billetes a un incauto es criminalizado, pero los responsables de la gran estafa bancaria que determinó la crisis de 2008 y costó a los contribuyentes norteamericanos y europeos un billón de dólares –que podían dedicarse a fines más nobles y útiles–, no fueron criminalizados. Esto obedece a que *el primero presenta un alto grado de vulnerabilidad al poder punitivo y los segundos otro muy bajo o nulo*.

La vulnerabilidad reconoce un *estado* y una *situación*. El *estado de vulnerabilidad bajo o alto* de una persona es el *status de vulnerabilidad* al que nos hemos referido antes. No es éticamente correcto reprochar ese estado, cuando vivimos en sociedades estratificadas, prejuiciosas y que padecen injusticias sociales. No obstante, sólo muy pocos entre quienes comparten el mismo estado de vulnerabilidad son criminalizados, o sea que *algo deben hacer para alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad* en que recae sobre ellos el poder punitivo.

20. ¿Qué se debe reprochar? Lo éticamente correcto sería reprochar sólo ese *algo* que la persona hace para alcanzar la concreta situación de vulnerabilidad, o sea, el *esfuerzo que realizó para llegar a la situación de vulnerabilidad*.

Este esfuerzo será mucho mayor cuando la persona parta de un estado muy bajo de vulnerabilidad al poder punitivo (un financista estafador en gran escala, por ejemplo), y será muy bajo cuando parta de un estado de vulnerabilidad relativamente alto (hay personas a las que casi les basta con salir a la calle, por ser portadoras del estereotipo de ladronzuelo).

21. ¿Qué se puede reprochar? Pero el esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad *no sólo es lo que debe reprocharse conforme a la ética, sino que también es lo único que se puede reprochar en el plano fáctico*. En efecto: el derecho penal se teoriza con el objetivo práctico de que se aplique por los jueces, y *éstos tienen un mayor espacio para filtrar menos poder punitivo cuando ese esfuerzo ha sido menor y, por el contrario, carecen del mismo espacio cuando el esfuerzo ha sido mayor*.

El juez, en una sociedad más o menos democrática, sin temor a ser estigmatizado y *linchado mediáticamente*, puede habilitar una pena menor a un *ratero*, pero no goza del mismo arbitrio de decisión si se trata de un financista al que se le haya retirado la cobertura por violar las reglas vigentes entre los grandes delincuentes de las corporaciones transnacionales, como en el escandaloso caso Bernard Madoff.

Por ende, *el reproche al esfuerzo por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, no sólo es éticamente más correcto, sino que también es lo único posible y exigible en el espacio de decisión de los jueces*. Dicho más claramente, el reproche de ese esfuerzo, no sólo es más acorde a la ética, sino que también es lo único posible para los jueces.

22. El remanente contrario a la ética. De cualquier manera, no creamos con esto que hemos dado a la culpabilidad un contenido por completo acorde a la ética, porque eso es imposible, dada la antes señalada *selectividad estructural* del poder punitivo.

En efecto: el financista delincuente seguramente también tuvo colaboradores, instigadores, cómplices y encubridores y casi nunca son todos alcanzados por el poder punitivo. Con toda

razón podrá dirigirse al juez y decirle *¿Por qué a mí y no a los otros?* El derecho penal y el juez sólo podrán responder *porque no podemos, no tenemos espacio fáctico ni político para hacer otra cosa*.

Hemos salvado a la culpabilidad penal –y a la condición de persona con conciencia moral– dentro de lo posible y, en esos límites proponemos compatibilizar su forma ética con su contenido (avanzando un paso más allá de la *co-culpabilidad*), mediante la limitación del *reproche al esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*. El remanente antiético será menor, pero no por eso podremos cancelarlo totalmente, porque lo impide la estructura misma del *hecho político del poder punitivo*. De cualquier manera, es indispensable reducirlo, aunque sepamos que el remanente siempre será parte inevitable de la *mala conciencia del penalista*.

Letras en el espejo

El constitucionalismo realista de Ferreyra y el realismo constitucionalista de Berni

Adriana do Carmo Figueiredo[1]

1. Consideraciones iniciales

"El artista, el escritor, tienen que estar en la calle
y meter la calle en los libros y en los cuadros".
Antonio Berni[2]

Partiendo del epígrafe del renombrado pintor, muralista, grabador y profesor argentino Antonio Berni (1905-1981), sobre la necesidad de que tanto el artista como el escritor deben absorber los clamores de la calle, "estar en la calle y meter la calle en los libros y en los cuadros", pienso, en conformidad con el Dr. Raúl Gustavo Ferreyra (2006)[3], que así también deberá ser una reforma constitucional o un proyecto de discusión política sobre la Carta de Valores de una nación. Según

---

[1] Doctoranda en Letras, Estudios Lingüísticos en el programa POSLIN, Facultad de Letras, *Universidade Federal de Minas Gerais* (UFMG). Abogada constitucionalista. Docente en el *Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (CEFET-MG)*, autora de varios artículos científicos y capítulos de libros sobre feminismo, género y estudios del discurso argumentativo. Posee Maestría en Letras, Estudios Literarios, por la *Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)*. Actualmente, también es aspirante al Doctorado en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Direcciones electrónicas: dricafigueiredo@uol.com.br / acfigueiredo.prof@gmail.com. Link de acceso al curriculum lattes: http://lattes.cnpq.br/5033301374875823.

[2] Frase de Antonio Berni, en: *Escritos y papeles privados*. El fragmento citado fue entresacado del sitio electrónico: <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD5/contenidos/docentes/sugeridas/culturas.html> / Accedido el 10 de febrero de 2016 (Colección educ.ar).

[3] Este estudio utiliza la edición de 2014 de la tesis doctoral de Raúl Gustavo Ferreyra y, a partir de este momento, empleará el marco 2014 en las citas. Cfr.: Ferreyra, Raúl Gustavo. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2014.

el constitucionalista, "sólo el poder constituyente que emana del pueblo, estrictamente, de los ciudadanos que componen el pueblo, debe crear el Derecho Constitucional, sistema que a su vez organiza al Estado Democrático" (Ferreyra, 2014, p. 15).

Cierta vez, Berni afirmó que *"La obra* se *realiza plenamente conviviendo con el drama del hombre en* su *totalidad política, religiosa y social, y en el infortunio y sobresalto de cada día"*[4], lo que nos permite *a priori* pensar sobre el proceso socio-discursivo constitutivo en que se realiza el texto constitucional (como obra jurídico-política) y *a posteriori* sobre la efectividad de derechos y garantías que se plantean en el producto lingüístico constitucional que sintetiza (o debería sintetizar) todos los matices sociales, políticos, étnicos y culturales que revelan verdaderas representaciones del mundo y de la trayectoria de cada uno de los sujetos de derecho que componen la vida en sociedad.

El artista en mucho tiene en común con el jurista o con los sujetos que piensan el Derecho, en la medida en que todos se encuentran en búsqueda del inconsciente colectivo (o del imaginario social) de una determinada sociedad para la creación de imágenes plásticas o de comandos normativos que puedan reflejar los clamores sociales y políticos que estructuran los pilares y el cuerpo del sistema jurídico. En este sentido, ¿no sería la Constitución también una especie de figuración o *mise en scène*[5] comprometida que refleja los dramas existenciales entre pueblo y Estado? Mejor diciendo, ¿no sería la Constitución la pintura lingüística de las propias demandas o de las contradicciones que se extraen de la genialidad creadora del poder soberano del pueblo? Propone Ferreyra el siguiente interrogante: "¿en

---

[4] Pensamiento de Antonio Berni citado por: PEPE, Pablo F. *Un hombre, un pintor, un maestro*: Pablo F Pepe. - 1ª ed. - Don Torcuato: Autores de Argentina, 2009.

[5] Término empleado en el Análisis del Discurso de Patrick Charaudeau para señalar la puesta en escena de los sujetos de la acción que componen el acto de lenguaje y el juego de estrategias comunicativas de que se valen esos sujetos en la producción de sentidos. Cfr.: Charaudeau, Patrick. Des conditions de la mise en scène du langage. In: Decrosse, Anne (dir.). *L'esprit de société: vers une anthropologie social du sens*. Paris: Mardaga, 1993. p. 27-65

qué sentido la Constitución Federal de la Argentina es un instrumento, *lato sensu*, para garantizar y encauzar la democracia?" (Ferreyra, 2014, p. 36).

Es cierto que Berni, cuando regresó a la Argentina en 1931, encontró el país inmerso en una grave crisis social y económica. Había desocupación y ollas populares por todas partes. Así, humanista por naturaleza, Berni puso su pintura al servicio del ideal humano y social, y se conmovió con su propia historia o con la historia de su gente. Sin lugar a duda, su pintura pasó a revelar la expresión de una impactante figuración comprometida con el componente humano y la retratación de la sociedad de su tiempo por la mirada atenta del artista. A su vez, Ferreyra sostiene que sólo el poder constituyente del pueblo debe crear el Derecho Constitucional que organiza el Estado Democrático, ésta es la idea que compone el marco de referencia en su tesis doctoral. Declara el constitucionalista que le provoca inquietud la escandalosa laguna que ha separado la teoría de la práctica, en que se percibe "la letra constitucional con su vulneración o desborde, en rigor, del difícil itinerario de la democracia constitucional en la Argentina" (Ferreyra, 2014, p. 37). En este fragmento textual, así como en todo el cuerpo pensante de su obra doctoral, Ferreyra parece declarar en su narrativa jurídica, por medio de estrategias discursivas presentes en las entrelíneas de su texto, que la Constitución de la Nación no puede ser meramente una pieza de museo a la espera de que los visitantes o los inspirados por el arte la recluten o la vean en su esencia plástica y figurativa. Es mucho más que eso, la Constitución es la Ley Fundamental que posee fuerza normativa ya que preceptúa una rigurosa concepción de las garantías constitucionales que deben ser vistas y reclutadas por el ciudadano cotidianamente como herramientas capaces de hacer efectivas las pautas del sistema en su integridad, "en cualquier circunstancia de modo, tiempo y lugar, frente a cualquier voluntad o fuerza, por poderosa o enérgica que sea" (Ferreyra, 2014, p. 82). De este modo, la defensa de la Constitución debe ser una misión diaria y vigilante que consiste en protegerla contra los intentos de

los transgresores con sus maniobras de quebrantamiento de las garantías constitucionales.

En sus cuadros monumentales, Berni expresa su repudio ante la injusticia social imperante en su tiempo y muestra tanto la miseria como el desamparo de las clases más marginadas de la sociedad argentina. Las obras *Desocupados o Desocupación* y *Manifestación* (1934) corresponden al contexto histórico de la Argentina de los años de 1930 y forman parte del cuerpo analítico de este estudio que tiene como objetivo trazar algunas observaciones sobre el realismo social de Berni que parece proponer sombras pictóricas del constitucionalismo argentino y discutir la perspectiva constitucional realista de Ferreyra respecto a la temática de la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional, tomando en cuenta su relación directa con las ideas de soberanía popular y democracia. Para la composición del marco teórico de esta investigación han sido empleadas las obras *Le bon gouvernement* de Pierre Rosanvallon, *El susurro del lenguaje* (*Le Bruissement de la langue*) de Roland Barthes, *La Arqueología del Saber* (*L' Archéologie du Savoir*) de Michel Foucault, además de aportes de otros importantes pensadores como Diego Valadés, Patrick Charaudeau, todos en diálogo con Raúl Gustavo Ferreyra en su magistral tesis doctoral *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*.

2. Raúl Gustavo Ferreyra y Antonio Berni, metalenguaje en las telas jurídicas: aproximaciones entre arte, ciencia y política

Raúl Gustavo Ferreyra (2014), en su obra *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad,* empieza su saga[6]

[6] El término "saga" está siendo empleado en este estudio en sentido figurativo para designar la hazaña heroica del jurista Ferreyra que, a la similitud de un caballero andante, emprende los trazos solitarios de su pluma en la tesitura de su narrativa jurídico-política en defensa de la Constitución contra los molinos (ni siempre de viento) de los transgresores de las garantías constitucionales. A éstos que llamo metafóricamente de molinos, Ferreyra viene llamando, en sus recientes publicaciones, de "poderes salvajes".

intelectual como un itinerante y solitario pensador (algo quijotesco en sus luchas)[7] proponiendo un diálogo, mejor diciendo, un contrato de lectura[8], una especie de pacto comunicativo con su lector imaginario desde el prólogo[9] de su obra, como si fuera un novelista, un dramaturgo, desde luego, un artista asumiendo su lugar en el espacio movedizo de la enunciación, entendido aquí como centro de la creación artístico-teórica del pensamiento que pretende captar un fragmento del mundo[10] reflejado en el propio fragmento del sistema constitucional, caracterizado como fenómeno cultural[11]. En este instante enunciativo, en que el lenguaje susurra en el ya-dicho más allá de la palabra y la escritura[12], es establecido el acuerdo de lectura que el sujeto-enunciador Ferreyra construye con su interlocutor ficcional[13] al exponer su inquietud: la de una posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional y el interrogante

---

[7] Dejo en este estudio las huellas de la metáfora del Don Quijote y su representativa crítica social como señal de un futuro artículo científico que pretendo escribir sobre la tesis de Ferreyra y la obra de Cervantes, tomando en cuenta sus maniobras lingüísticas polifónicas que se centran en el personaje como foco narrativo para la construcción de la realidad bajo puntos de vista.

[8] Sobre los contratos de Lectura, recomiendo la obra: Charaudeau, P. *Langages et discours*. Paris: Hachette, 1983.

[9] Importante comentar que el prólogo, además de ser un texto preliminar, escrito por el autor o por otra persona para introducir la lectura, es también un discurso que, en el teatro griego y latino, y también en el moderno, precede al poema dramático.

[10] Cfr.: Sobre el tema, Ferreyra recomienda la lectura de RUSSEL, Bertrand. *Nuestro conocimiento del mundo externo*. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 44

[11] Cfr.: Ferreyra explica, en conformidad con Diego Valadés, que el Derecho es un fenómeno cultural. La cultura jurídica es una de las claves para que el gobernante sea más recatado y el gobernado menos encogido. Sin cultura jurídica unos atropellan, aun sin quererlo, y otros son atropellados, incluso sin saberlo. Valadés, Diego. *La lengua del Derecho y el derecho de la lengua,* discurso de ingreso a la Academia Mexicana de la Lengua. 25 de agosto de 2005, Universidad Autónoma de México y Academia Mexicana de la Lengua. México, 2005, p. 28

[12] Cfr.: Barthes, Roland. *El susurro del lenguaje - Más allá de la palabra y la escritura*. 1 ed. (Título original: *Le Bruissement de la langue,* traducción: C. Fernández Medrano). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós, 2013.

[13] Para la comprensión y definición de los sujetos del lenguaje, recomiendo la obra: Charaudeau, P. *Langages et discours*. Paris : Hachette, 1983.

de que, en caso de producirse o aceptarse que ello pueda suceder, qué órgano o sujeto ha de ser llamado para resolverlo.

Afirma el jurista que la Constitución es instrumento de integración, unidad y dirección del sistema jurídico, a condición de que, por intermedio de sus garantías, razonablemente, se intente respaldar las propias pretensiones de vigencia de las reglas constitucionales. Luego, concluye, reforma de la Constitución y control de constitucionalidad son, probablemente, dos garantías, dos paradigmas del sistema constitucional. Tomando en cuenta este contexto, enseña Ferreyra (2014) que es habitual pensar que reforma y control judicial de constitucionalidad operen coordinadamente, propiciando la estabilidad y perdurabilidad de las disposiciones contenidas en la Ley Mayor. Sin embargo, no se puede olvidar que existe un conflicto entre reforma y control, y no la cooperación entre ellos.

El método utilizado por Raúl Gustavo Ferreyra para exponer sus ideas presenta similitud con las técnicas artísticas empleadas por Antonio Berni, en la medida en que ambos buscan captar el sentido de aquello que forma parte de sus propias realidades, ora como artista, ora como escritor-jurista, en búsqueda de las verdades (vicisitudes) que componen la esencia del *ser* en su *tiempo* y en el *espacio* rescatados por la alteridad. Así siendo, enseña Ferreyra (2014) que cuando la intención es obtener un resultado determinado, en una tesis doctoral, "cuya originalidad puede constituir un seguro aporte al grado de conocimiento que posee el saber jurídico, es indispensable que se dibuje el camino que conducirá al destino deseado. 'Método', en su etimología, revela la presencia del vocablo griego *'odos'*, cuyo significado es, precisamente, camino" (Ferreyra, 2014, p. 12-13).

De este modo, el constitucionalista parte del entendimiento de que el método en cuanto a un conjunto de operaciones, calculadas y ordenadas, dirigidas a un objetivo, es también una actividad a que se propone realizar bajo una vigilancia crítica para la construcción de un fin determinado. En sus palabras:

> Perseguir el ideal de racionalidad significa construir teorías, pero teniendo en cuenta que el conocimiento del mundo, del mundo que "elegimos", será siempre provisional e incierto, situación que de ninguna manera excluye la actividad científica: la exige por derecho propio, si es que se ha de estar contestes en la idea de progreso, entendido este término en sentido no neutral, como aumento de la verdad y de la consistencia de nuestros saberes (Ferreyra, 2014, p. 13).

Al enunciar que el conocimiento "del mundo que 'elegimos' será siempre provisional e incierto, situación que de ninguna manera excluye la actividad científica", Ferreyra propone una interesante definición del concepto de ciencia que me parece muy familiar con las ideas de Roland Barthes cuando éste sugiere una relación directa de la propia ciencia al conjunto de los saberes científicos sociales y humanos. Para Barthes, la ciencia es definida como un "estatuto" que tiene determinación social. De este modo, "cualquier materia que la sociedad considere digna de transmisión será objeto de una ciencia" (Barthes, 2013. p. 14).

En una línea semejante, Antonio Berni, cierta vez, dijo que todo artista y todo arte es, en definitiva, político, o podríamos decir que todo arte admite también una lectura política, y es precisamente ese modo de leer que torna viable pensar el arte también como producción del saber científico. Eso nos permite concluir como intérpretes de las obras de Berni que la lectura fenoménica de sus pinturas es fundamental, y que no se trata de algo obvio, pues también el arte es un campo de incertidumbres en lo que se refiere a la mirada particular del artista sobre el fragmento del mudo a que se propuso captar. También es el arte que permite el juego de sentidos a que se propone el intérprete con su propio conocimiento de mundo y el repertorio cultural de que dispone y del cual se apropia en la construcción subjetiva de sus propias lecturas sobre el objeto artístico. De este modo, comprender las obras de Berni va más allá de una lectura meramente estética, ya que adentramos en las sendas

políticas reclutadas por el artista; así como comprender las teorías de Ferreyra va más allá de una lectura estrictamente jurídica, pues ambos, artista y constitucionalista, dejan sus propias huellas de los recortes del mundo que rescataron en sus miradas transpuestas en lienzos o en escrituras.

Según Roland Barthes (2013), la literatura posee los mismos contenidos que la ciencia, es decir, no existe una sola materia científica que, en dado momento, no haya sido revelada por la literatura universal. Luego, "el mundo de la obra literaria es un mundo total en el que todo el saber (social, psicológico, histórico) ocupa un lugar, de manera que la literatura presenta ante nuestros ojos la misma gran unidad cosmogónica de que gozaron los griegos antiguos, y que nos está negando el estado parcelario de las ciencias de hoy" (Barthes, 2013, p. 14). Como la Literatura, entiendo que de la misma forma se ubica el Arte universal, pues las dos formas plurales de expresión son manifestaciones de las miradas del hombre que presentan sus programas de investigación, sus maneras de captar ecos de la realidad que oscilan de acuerdo con las escuelas y las épocas, así como sucede con los cambios de la ciencia. El hacer artístico-literario también posee sus reglas de investigación, y, a veces, incluso, pretensiones experimentales.

En su trayectoria creativa e intelectual, Berni se puso a servicio de las preocupaciones y desvelos del hombre de su tiempo. Según los estudiosos[14] de las obras de Berni, en 1932, el artista introdujo el surrealismo en las artes visuales argentinas, revelando las urgentes necesidades sociales y políticas de su país y del mundo, lo que llevó el pintor a construir un moderno realismo crítico, con destacada perspectiva militante. Berni se preocupó por reconducir sus contenidos, por medio de experimentos que mantuvieron contemporánea su forma de expresión. También se nota que Berni estuvo atento a las necesidades de cambio que emergían en el siglo XX, pues modernizó

[14] Ideas entresacadas del sitio electrónico: <http://cvaa.com.ar/02dossiers/berni/3_intro_02.php>, accedido el 31 de enero de 2016.

su pintura, investigó las posibilidades del mural, desarrolló el arte del objeto y el collage, y, además de eso, transformó el grabado, extrayendo de la sociedad de su tiempo las imágenes que compusieron su singular trazo impactante.

Recordemos que Ferreyra, a su vez, en un ejercicio de metalenguaje del yo-escritor con su propia producción escrita, también una modalidad de arte, afirmó que si hubiese que simplificar en muy pocas palabras el objeto de su contribución, podría formularse como el entendimiento teórico de un fragmento del mundo, de un fragmento del sistema constitucional, conforme dicho, captando éste como fenómeno cultural. Así siendo, alerta en su escritura que la comprensión más acabada o inacabada del referido fenómeno que se extrae de la cultura, transpuesto para el sistema constitucional que se analiza, permite distinguir, con seguridad, el grado de desarrollo cultural alcanzado por un pueblo; y por eso, declara con maestría que

> es imposible suponer que los métodos bruscos o apresurados encuentren terreno propicio aquí para alcanzar la meta perseguida. *Soy francamente partidario de los hechos nuevos y desconfío, por completo, del dogmatismo que se considere inexpugnable a los argumentos y a la experiencia* (Ferreyra, 2014, p.14, subrayados míos).

Con esas palabras, Ferreyra inaugura un camino investigativo nuevo que permite pensar el derecho en diálogo permanente con aquello que emana del pueblo en su sentido más profundo, me refiero, a lo que sale efectivamente de las calles, de los clamores populares y de los dramas existenciales que componen *el ser y el tiempo* del sujeto en el mundo con toda su diversidad de pensamiento o de creencia, y que, sin duda, es algo rescatado, de manera muy atenta, sensible y crítica, por la mirada contemplativo-política del artista o por la racionalidad estético-ética del jurista. Enfatiza el constitucionalista, desde el prólogo de su obra, a respecto de la existencia de una proposición que conduce toda, "absolutamente toda", su construcción conceptual: la de que el pueblo es el protagonista del Derecho Constitucional y que sólo el poder constituyente que emana de

los ciudadanos que componen el pueblo debe crear el sistema que organiza al Estado Democrático de Derecho.

También me parece que Ferreyra al enunciar su desconfianza del "dogmatismo inexpugnable", señalada por el énfasis en la primera persona del verbo desconfiar ("desconfío"), estrategia lingüística de captación de su interlocutor para la significación de su discurso que expresa su declarada simpatía por los "hechos nuevos", plantea un entendimiento muy cercano a lo que Foucault propuso, en su obra *La Arqueología del Saber (L' Archéologie du Savoir)*, respecto al empleo de conceptos de discontinuidad, ruptura y transformación, como movimiento de liberación de las nociones de continuidad y tradición. Foucault advierte que es necesario cuestionar ciertas síntesis acabadas y fabricadas que, a menudo, son aceptadas sin cualquier examen. "Es preciso desalojar esas formas y esas fuerzas oscuras por las que se tiene costumbre de ligar entre sí los discursos de los hombres; hay que arrojarlas de la sombra en la que reinan." (Foucault, 2002, p. 35). Es también propuesta de Foucault que nos inquietemos frente a esos agrupamientos de conceptos a los cuales ya nos hemos acostumbrado. De este modo, tanto Foucault como Ferreyra nos invitan a analizar la complejidad del orden de los discursos que se han formado a lo largo de nuestra historia constitucional y a desconfiar del dogmatismo que se impone de manera absoluta con la finalidad de perpetuar las "continuidades irreflexivas".

Mas adelante, el sujeto enunciador creado por Ferreyra parece convencerse y querer también persuadir a su lector sobre el convencimiento de un camino inevitable: la supuesta admisión de que la Constitución canaliza jurídicamente el comando normativo democrático, pero, también, paralelamente sirve para comprobar la tensión entre referida regla democrática y la normatividad de la supremacía constitucional. Así, admite el constitucionalista que existen consecuencias inevitables y decisivas cuando se parte de la idea de que la juridicidad constitucional es una premisa que gana matices con la efectiva participación de los ciudadanos, en la condición de que ellos

son los legítimos integrantes del pueblo soberano, pero se realiza por medio de los servidores públicos que ejercen funciones en las agencias políticas estatales. Ferreyra pone énfasis en la constatación de que referida premisa presenta más jerarquía que cualquier otra dentro del sistema.

> Contemplado de esta forma, se afirma que, en sentido amplísimo existen dos jerarquías de decisiones políticas a las que cabe asignar, razonablemente, distinta legitimación: (a) decisiones del pueblo, (b) decisiones del gobierno. Las decisiones mencionadas en primer término configuran (crean) las reglas básicas del sistema; las mencionadas en segundo lugar son las que las interpretan y aplican (Ferreyra, 2014, p. 16).

Así como Berni, cada uno a su tiempo y a su manera, Ferreyra parte de la dimensión de la crisis institucional que atraviesa la Argentina para el abordaje del problema capital que se oculta en el posible conflicto que suscite una reforma de la Constitución federal argentina. Berni, a su vez, demuestra con su lenguaje pictórico que el arte no es algo ajeno a toda la experiencia propia de la vida del hombre, por eso parte de la crisis que atraviesa la sociedad de su tiempo y comprueba que ser artista no equivale, como muchos creen, a estar encasillado en una especulación abstracta específica, al revés, propone un abordaje en sus obras que atraviesa el mundo existencial que lo rodea y que llena de sentido político su hacer artístico.

En su obra *Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*, Ferreyra propone algunos temas fundamentales que forman la tónica de este debate: (a) la forma de organización jurídica del Estado y su posible cambio, recomienda que se pase del federalismo al regionalismo o a diferente forma de descentralización política envolviendo territorio y poder; (b) la ruptura o el ablandamiento del sistema de gobierno presidencialista, sugiere una propuesta semipresidencialista o parlamentarista; (c) la determinación de la potestad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que pueda intervenir en los conflictos entre los poderes del Estado; (d) la reorganización de los

mecanismos de reclutamiento de los magistrados judiciales; y (e) la ampliación del contendido semántico del término "causa constitucional", para que se permita la acción declarativa de inconstitucionalidad (Ferreyra, 2014, p. 16-17).

Al observar con detalle y profundidad la materia, Ferreyra declara que "no puede existir serio debate racional si, previamente, no se analiza lo que otros piensan o han pensado sobre el mismo problema, o sobre aspectos del mismo" (Ferreyra, 2014, p. 17). Por eso, el constitucionalista analiza, por ejemplo, qué han hecho los operadores jurídicos para examinar una reforma constitucional y sus posibles vicios en el Derecho argentino; también son analizados el material originado por la dogmática constitucional, la jurisprudencia del más Alto Tribunal de Justicia de la Nación, además del análisis sobre la opinión de los jueces de la *Supreme Court* norteamericana cuando se ocuparon de la validez o invalidez de algunas reformas, todo eso forma parte del repertorio detallado del jurista que investiga la problemática de la posibilidad o imposibilidad de aceptar la inconstitucionalidad de una reforma (cuestión primaria) y propone el interrogante sobre qué órgano o sujeto es competente para ejercer el control de la enmienda (cuestión secundaria).

En la declaración de la originalidad de sus ideas, Ferreyra sostiene la posible inconstitucionalidad de una reforma y la caracteriza como el mayor conflicto que puede observarse dentro de un sistema jurídico estatal. Argumenta que referida inconstitucionalidad puede ser revestida de dos formas: una débil y otra fuerte. Se entiende que es débil cuando no se cumple con las pautas que reglamentan el propio proceso de reforma. Se dice que es fuerte e inválida cuando un cambio constitucional afecte una materia considerada intangible por la Constitución, de imposible cambio por violar una limitación material. Concluye que la invalidez de naturaleza material puede ser reconocida, sin embargo, no habrá posibilidades de corrección funcional. Así, a lo largo de su tesis, el constitucionalista trata de exponer las consecuencias que la inconstitucionalidad de una reforma acarrea.

La Constitución argentina de 1853 / 1860 es vista como "espejo del patrimonio cultural" y también como reflejo de la hegemonía y de las esperanzas de una determinada clase de la Argentina. Enseña Ferreyra que referido texto constitucional con las reformas de 1866, 1898 y 1994 no contiene "explícitamente la asignación de competencia a un órgano o sujeto para resolver el control de inconstitucionalidad de una reforma constitucional" (Ferreyra, 2014, p. 20).

Por lo tanto, no existe una previsión en la Constitución argentina para decidir e interpretar la temática atinente a "los conflictos que se susciten respecto de las competencias y obligaciones entre los poderes estatales. Esta imprevisión del poder constituyente impide, razonablemente, asignar, propiamente, el control del proceso de reforma a un poder del Estado" (Ferreyra, 2014, p. 20). La propuesta de Ferreyra está pautada en un sistema mixto, en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tendrá la tarea de dirigir una previa declaración judicial (resolución) sobre el tema en cuestión al Congreso. Así, el órgano congresual, a su vez, deberá convocar el control ciudadano y la consecuente consulta popular. De este modo, concluye: "La juridicidad constitucional se basa en la premisa de que la voluntad de los ciudadanos que integran el pueblo posee mayor autoridad que la de quienes actúen en su nombre y representación" (Ferreyra, 2014, p. 21). Con esas palabras, Ferreyra nos enseña que es necesario que el pueblo sea visto efectivamente como el protagonista del Derecho Constitucional, volviéndose fundamental comprender sus demandas y sus reales deseos, ya que es "el pueblo el que decide la producción del sistema jurídico, y no al revés" (Ferreyra, 2014, p. 21). Delante de esa proposición capital del constitucionalista, propongo la reflexión de que el arte, expresión política del clamor popular y también mecanismo de producción científica, es un medio fundamental de aproximación y comprensión entre pueblo, ciencia y derecho.

2.1. El realismo social-artístico de Antonio Berni y sus raíces artístico-constitucionales

Diego Valadés (2005) explica la relación entre el derecho y el lenguaje artístico-literario, poniendo en relieve el hecho de que es la literatura el puente más profundo que se produce entre el derecho y las artes. Sin embargo, es interesante mencionar que Valadés reconoce también la existencia de vínculos entre otras modalidades de arte como la música, el cinema y las artes plásticas de modo general, aunque destaca que la literatura por contener una característica propia de lenguaje por medio del manejo de palabras es la que mejor establece su relación con el derecho. Así define Valadés:

> En el amplio campo de la creación literaria son muy frecuentes las preocupaciones asociadas a la justicia, a la equidad, a la libertad, al ejercicio del poder; en ocasiones incluso a las funciones judiciales y legislativas. Todas ellas, de manera implícita o explícita, están relacionadas con el derecho. Aunque es un territorio crecientemente explorado, los vínculos entre literatura y derecho constituyen una fuente inagotable para la reflexión que de manera progresiva convoca a un mayor número de estudiosos (Valadés, 2005, p.23).

Sin duda, Valadés tiene razón en observar la importancia de la literatura en ese diálogo lingüístico con el derecho que, en mucho, puede contribuir para la comprensión de la ciencia jurídica. Sin embargo, en mi opinión, no es simplemente la literatura o mayoritariamente el hacer literario que goza de ese prestigioso espacio dialéctico con el derecho. Pienso que la pintura y las artes plásticas de modo general también cumplen ese papel, ya que son modalidades de expresiones artísticas que poseen un leguaje propio rico de símbolos y sentidos. Por ser en gran medida simbólica por su naturaleza de arte visual, la pintura no posee un lenguaje fácil y muchas veces se vuelve objeto confinado a los museos que ni siempre es apreciado

por un gran número de personas[15]. Muchas veces, la pintura adquiere una característica aristocrática ya que sólo las personas que han adquirido una cierta sensibilidad en la mirada o que se han introducido en su apreciación, por algún motivo, consiguen descifrar apropiadamente su lenguaje. El arte pictórico también es una modalidad de ficción en que el artista puede crear artificios para acentuar el carácter realista de sus obras por medio del empleo de líneas, colores, luces, perspectivas, volúmenes y otros aspectos que componen la sensación de solidez o de realismo que nosotros intérpretes del arte percibimos en los personajes o en los objetos representados.

Valadés (2005) distingue algunas vertientes en el proceso de investigación que envuelve el derecho y la literatura. La primera tiene que ver con el examen de las percepciones que los poetas, novelistas y dramaturgos han tenido respecto a los personajes y los episodios jurídicos, esa propuesta parece haber tomado otros rumbos a partir de las últimas cuatro décadas del siglo XX, momento que marca la centralización del enfoque investigativo por medio de la aplicación de la teoría literaria al análisis de los textos legales y jurisprudenciales. También destaca Valadés que, en la actualidad, existen dos nuevas ramas de análisis sobre los vínculos entre la palabra y la norma: uno que se refiere a la relevancia de los repertorios jurídicos (la lengua del derecho en sí) y otra que se refiere a la defensa jurídica de las lenguas (el derecho de la lengua).

Partiendo de mi hipótesis de que tanto las obras literarias como las artes plásticas en general pueden contribuir para las investigaciones jurídicas, ya que reflejan bajo metáforas, símbolos, colores, perspectivas y sombras un lenguaje plasmado

[15] Situación que ocurre, especialmente, en Brasil, donde ni siempre las personas poseen hábitos de frecuentar a los museos del país para apreciar el arte pictórico. En este sentido, es importante comentar que, desde 2014, el *Instituto Brasileiro de Museus (Ibram)* y la *Fundação Nacional das Artes (Funarte)* vienen fomentando acciones que tienen la finalidad de proporcionar al público en general el acceso a espectáculos y otras actividades de excelencia artística a precios populares, estimulando, a medio plazo, mayor participación del público en los eventos artísticos.

de valores relativos a la justicia, propongo como objeto de estudio las obras pictóricas de Antonio Berni, especialmente, *Manifestación* y *Desocupados o Desocupación*, ambas de 1934. Referidas creaciones artísticas reflejan el entorno social, político y jurídico de una época específica de la Argentina, captada por la mirada privilegiada de Berni que denuncia la exclusión, la pobreza, el hambre, la miseria, el desempleo y también los intentos de participación democrática, en que el pueblo con sus singularidades y rasgos idiosincrásicos se vuelve protagonista de la escena rescatada por el artista. En sus obras, Berni parece denunciar la opresión, el abuso del poder que deja al margen de la sociedad un gran número de personas y las injusticias provocadas por un sistema de gobierno[16] que no pone en relieve las demandas del pueblo; además de eso, Berni parece anunciar la inconformidad del pueblo (en cierta medida resignada por lo que se nota en las expresiones retratadas), la ausencia del manejo real del poder soberano que debe emanar de los ciudadanos, la protesta como medio de reivindicación de derechos y sus acciones por la conquista de las garantías constitucionales, todo eso conjugado a su juego de colores, trazos superlativos, sombras y perfiles de los personajes que componen sus obras, a mi ver, ciudadanos con diferentes matices que se singularizan en sus luchas en medio a la colectividad.

[16] En este sentido, es importante comentar que Pierre Rosanvallon advierte que las palabras "régimen" y "gobierno" se han confundido históricamente. Enseña que así ocurría en los siglos XVIII y XIX, cuando el vocablo "gobierno" era tomado como sinónimo de régimen y la idea correspondiente, como resultado, envolvía tanto el Legislativo como el Ejecutivo. Cf.: Rosanvallon, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris : Éditions du Seuil, 2015. También lo advierte Ferreyra, cuando alerta sobre las diferencias entre los términos "gobierno" con sus respectivas ramas y el término "Poder Ejecutivo" con la perspectiva constitucional. FERREYRA, Raúl Gustavo. Clases sobre Reforma Constitucional. Modalidad intensiva de cursos para el Doctorado. Departamento de Postgrado. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires (UBA), enero de 2016 (Notas de clase).

Antonio Berni. Manifestación, 1934, temple s/arpillera, 180 x 249,5 cm. Museo de Arte Latinoamericano. Buenos Aires. Algunos personajes se basan en fotos que Berni obtenía por sí mismo, del diario Crítica o de otras fuentes.

Antonio Berni. Desocupados o Desocupación, 1934, témpera s/arpillera, 218 x 300 cm. Col. privada. Algunos personajes se basan en fotos que Berni obtenía por sí mismo o de otras fuentes.

Fuente: <http://cvaa.com.ar/02dossiers/berni/6_obras_1934_1.php> / accedido el 11 de febrero de 2016.

Antonio Berni es considerado uno de los artistas argentinos más importantes del siglo XX, y demostró, a lo largo de su historia, características de un sujeto comprometido, político y controversial que estuvo siempre atento a las tendencias contemporáneas, experimentando diferentes técnicas y materiales que respondían a corrientes artísticas diversas, pero sin perder el rasgo principal de su arte enraizado en la realidad social y política de su entorno. Cierta vez, dijo:

> Todo artista y todo arte es, en definitiva, político, o podríamos decir –utilizando la terminología de moda– que todo arte admite "también" una lectura política. En mi caso opino que una lectura política en mi obra es fundamental, que uno no puede obviarla y que, de hacerlo, la obra no será comprendida en profundidad: es más, creo que una lectura meramente estética sería una traición (Antonio Berni, 1905-1981)[17].

[17] Pensamiento de Antonio Berni. El fragmento citado fue entresacado del sitio electrónico: <http://www.literato.es/autor/antonio_berni > / Accedido el 10 de febrero de 2016.

Las obras *Manifestación* y *Desocupados o Desocupación*, sin dudas, revelan la urgencia de denunciar la realidad social que estaban atravesando la Argentina y el mundo, en la década de 1930. Período histórico que trajo el registro del primer golpe militar sufrido por los argentinos. Sobre ese momento, Berni dijo: "El artista está obligado a vivir con los ojos abiertos y en ese momento (década del 30) la dictadura, la desocupación, la miseria, las huelgas, las luchas obreras, el hambre, las ollas populares, crean una tremenda realidad que rompían los ojos"[18].

El eje central de las obras en comento muestra los conflictos de ese contexto, en que se destacan los problemas del desempleo, de la pobreza, del nazismo, del fascismo y de la guerra civil española, que parecen ser temas frecuentes en las obras de Berni, según mis investigaciones. En medio a ese escenario de opresión, Berni hizo del arte un medio de retratar lo humano, aspecto sobresaliente utilizado por este artista, en que se nota su compromiso social en rescatar las manifestaciones populares en diferentes matices.

En lo que se refiere a su obra *Manifestación*, son percibidos, en detalles, los rasgos sobresalientes y superlativos en la retratación de los rostros de los diferentes individuos, sujetos de derecho, que se superponen con una perspectiva de yuxtaposición de los personajes. En la escena pictórica, es inevitable el impacto que el artista provoca por medio de la multiplicidad de expresiones de cada uno de esos sujetos, cada cual con su particularidad expresiva, que forma en su dimensión dramática una *mise en scène*[19] de representación *performática-performativa*

---

[18] Informaciones extraídas de <http://www.elintransigente.com/argentina> /accedido el 11 de febrero de 2016.

[19] Recordando que el término *mise en scène* es empleado en el Análisis del Discurso para señalar la puesta en *performance* de los sujetos que componen la escena discursiva con las estrategias comunicativas de que se valen en la producción de sentidos. En este caso, el discurso está siendo leído en este estudio por medio del arte pictórico y sus elementos de retratación bajo la mirada del enunciador-artista. Cfr. : Charaudeau, Patrick. Des conditions de la mise en scène du langage. In: Decrosse, Anne (dir.). *L'esprit de société: vers une anthropologie social du sens*. Paris: Mardaga, 1993. p. 27-65

con enunciados propios del arte pictórico que revelan las arenas políticas y las luchas de clase. A mi ver, la obra *Manifestación* presenta trazos que comparten con la naturaleza de la *performance*, en sentido amplio, en que se nota el juego teatral del signo para la composición del ámbito político-social, de donde se extrae la exposición radical de los sujetos protagonistas del discurso (enunciadores-anónimos o personas del pueblo) así como del local de la enunciación marcado por el paisaje urbano. De este modo, cada rostro retratado por Berni aparece como si fueran distintos manifestantes con sus libertades individuales que componen el todo colectivo, representaciones de las múltiples identidades como movimiento de recuperación de comportamientos renunciados o recalcados[20]. En referida obra berniana, se reclama por "Pan y trabajo", signos lingüísticos que comprueban los clamores sociales de una colectividad compuesta por la diversidad y particularidad de cada individuo que con su voz silenciada proclama por la búsqueda de la efectividad de derechos y la instauración del sistema de garantías.

En la obra *Desocupados o Desocupación*, también se puede percibir una fuerte crítica social en favor de los menos favorecidos. La composición escénica de referida pintura muestra un enigmático aislamiento de los personajes dormidos que parecen revelar los dramas existenciales que resultan de la ausencia del trabajo, lo que implica el sentimiento de marginación o la condición de los que están fuera de la vida social-laboral y a la deriva del tiempo. El paisaje portuario trae una dimensión onírica para la pintura, matiz surrealista que recorrió buena parte de las obras de Berni, y que parece revelar la alucinación cotidiana de figuras fantasmagóricas superlativas que protagonizan la resultante del quebrantamiento de valores constitucionales como la dignidad de la persona humana. Desde la perspectiva discursiva que compone el juego *performático*

[20] Cfr.: Ravetti, Graciela; Arbex, Márcia (org.). *Performance, exílio, fronteiras:* errâncias territoriais e textuais. Belo Horizonte: Departamento de Letras Românicas, Faculdade de Letras / UFMG: Poslit, 2002.

de los personajes en destaque, se nota significativa presencia de personas de variadas identidades: anciano, joven, niño, mujer, todos ellos en postura de inercia que caracteriza el marasmo delante del desempleo, la falta de esperanza frente a la ausencia de oportunidades de trabajo y el consecuente vacío ocioso que se estampa en la fisonomía de las personas retratadas. Dijo Berni: *"El artista está obligado a vivir con los ojos abiertos y en ese momento la dictadura, la desocupación, la miseria, las huelgas, las luchas obreras, el hambre, las ollas populares crean una tremenda realidad que rompían los ojos"*[21]. De este modo, se puede percibir que el surrealismo y también el realismo crítico de Berni son combativos y revolucionarios, eso comprueba que el arte en la perspectiva berniana no es algo ajeno a la experiencia particular de la vida del hombre.

Importante comentar, según mis investigaciones, que, en 1934, se llevó a cabo una activa labor legislativa en la Argentina. Se sancionó la ley que tuvo como propuesta disponer un censo industrial, se crearon *la Junta Reguladora de Vinos y la Junta Nacional* como medidas para combatir la desocupación. También, se creó la *Dirección Nacional de Parques Nacionales*, que tenía como finalidad proteger a las obreras que eran madres. Hubo la creación de la ley que dispuso sobre las vacaciones anuales y las indemnizaciones por despido o fallecimiento de los trabajadores, la que unificó los impuestos internos, que hasta entonces eran recaudados por las provincias y que desde ese momento pasarían a ser tomados por la Nación[22]. De este modo, las grandes témperas sobre arpillera que Antonio Berni realizó en este período (*Manifestación*, 1934; *Desocupados o Desocupación*, 1934) forman el resultado del debate entre algunos artistas del momento, como los muralistas Diego Rivera en México y Candido Portinari en Brasil, por ejemplo, a respecto

---

[21] Frase entresacada del sitio electrónico: <http://www.literato.es/autor/antonio_berni/> / accedido el 12 de febrero de 2016.

[22] Informaciones extraídas del sitio electrónico: http://www.todo-argentina.net/historia/decadainf/justo/1934.html / Accedido el 10 de febrero de 2016.

del rol que debían ocupar el arte y también el artista en la sociedad. Berni dibujó con su trazo superlativo y su simbólico lenguaje pictórico-metafórico la narrativa de la historia de sus personajes, en protagonismo histórico, pero como resultante de los desechos de la sociedad y de la política que los excluyó durante largos años de su existencia. En esa posición de que el artista debe registrar el realismo de su tiempo, Berni como enunciador de sus obras parece darnos su testimonio de los márgenes de la sociedad industrial en que vivió componiendo los residuos de acontecimientos, huellas de historias individuales y sociales que hoy sorprenden por su actualidad. Por fin, es importante reflexionar sobre el hecho de que las obras de Antonio Berni parecen anunciar la amplia reforma a la Constitución argentina de 1853, realizada en 1949 durante el gobierno de Juan Domingo Perón. Referida reforma trajo la incorporación de nuevos derechos políticos, extensos derechos sociales, estableció la igualdad del hombre y de la mujer, nacionalizó algunos recursos básicos de la economía, entre otros aspectos, pero en 1957 hubo una nueva convención reformadora, durante la dictadura militar, que convalidó la derogación de la Constitución de 1949 y compiló algunos de los derechos laborales en el nuevo artículo 14bis[23].

3. Conclusión: Ferreyra y Berni - la democracia, el lenguaje y las resonancias del arte

Nos régimes peuvent être dits démocratiques, mais nous ne sommes pas gouvernés démocratiquement. C'est le grand hiatus qui nourrit le désenchantement et le désarroi contemporains. Précisons. Nos régimes sont considérés comme démocratiques au sens où le pouvoir sort des urnes à l'issue d'une compétition ouverte et où nous vivons dans un État de droit qui reconnaît et protège les libertés individuelles. Démocraties certes largement

[23] Informaciones obtenidas en: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto. Clases sobre Derecho Constitucional. Modalidad intensiva de cursos para el Doctorado. Departamento de Postgrado. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires (UBA), enero de 2016.

inachevées. Les représentés se sentent ainsi souvent abandonnés par leurs représentants statutaires, et le peuple, passé le moment électoral, se trouve bien peu souverain (Pierre Rosanvallon, *Le bon gouvernement*)[24].

Lo que claramente nutre las similitudes entre Raúl Gustavo Ferreyra y Antonio Berni es el hecho de que ambos ponen en relieve el pueblo como protagonista de sus obras y de aquello que jurista y artista representan por el lenguaje. En otras palabras, para Ferreyra, "sólo el poder constituyente que emana del pueblo, estrictamente, de los ciudadanos que componen el pueblo, debe crear el Derecho Constitucional, sistema que a su vez organiza al Estado Democrático" (Ferreyra, 2014, p. 15); y para Berni, "La obra se realiza plenamente conviviendo con el drama del hombre en su totalidad política, religiosa[25] y social, y en el infortunio y sobresalto de cada día»[26]. A mí me parece que ambos sostienen una reflexión sobre el concepto de democracia en sus diferentes matices y denuncian, así como Rosanvallon lo hizo, las fisuras y los vacíos de nuestros sistemas democráticos que ponen los ciudadanos a la margen de la sociedad. Y si tenemos democracias inacabadas o incompletas, ¿cómo sería posible pensar en la constitucionalidad de las reformas constitucionales?

Ferreyra (2014) enseña que el Derecho Constitucional sólo puede ser creado por el pueblo y si éste no participa efectivamente de las decisiones constitucionales, hay un vicio de

---

[24] Nuestros regímenes pueden ser dichos democráticos, pero no somos gobernados democráticamente. Éste es el gran hiato que nutre el desencanto y el desorden contemporáneos. Explicamos. Nuestros regímenes son considerados como democráticos en el sentido de que el poder sale de las urnas como resultado de una disputa abierta, y de que vivimos en un Estado de derecho que reconoce y protege las libertades individuales. Democracias, sin duda, ampliamente incompletas. Los representados se sienten, así, frecuentemente abandonados por sus representantes estatutarios, y el pueblo, pasado el momento electoral, se encuentra muy poco soberano (Rosanvallon, Pierre. *Le bon gouvernement*. París: Éditions du Seuil, 2015. p.9. Traducción mía).

[25] En este sentido, creo que es interesante también pensar en su antítesis, o sea, como oposición o contrariedad a la posible totalidad religiosa del hombre planteada por Berni.

[26] Pensamiento de Antonio Berni citado por: PEPE, Pablo F. *Op. Cit.*. - 1ª ed. - Don Torcuato: Autores de Argentina, 2009.

representatividad que contamina seriamente el orden jurídico y que vuelve inconstitucional todo y cualquier mecanismo de reforma a las constituciones. Advierte el constitucionalista que han sido realizadas muchas investigaciones en el medio académico en búsqueda de las definiciones de democracia. Delante del "exceso de significados atribuibles" al término democracia, estoy de acuerdo con Ferreyra de que hay serias razones para desconfiar de conceptos acabados o unitarios sobre lo que sea efectivamente la democracia. Así, lo que se debe plantear como reflexión jurídica es cómo se da la legitimación democrática y "si democracia indica o se refiere a una peculiar doctrina política, según la cual el poder de autoorganización pertenece al conjunto de los ciudadanos" (Ferreyra, 2014, p. 38).

Tanto Berni como Ferreyra muestran que existen posturas que niegan el Estado democrático. La retratación del pueblo en desocupación o en acto de manifestación por "pan y agua" propuesta por el realismo berniano revela que algo no va bien en las formas de ejercicio del poder o que hay "crisis de representación" en los regímenes dichos democráticos. Ferreyra enseña que los momentos en que el gobierno adopta decisiones en lugar del pueblo son llamados de momentos corrientes. En éstos "no existe ni la movilización ni el debate popular que caracteriza propiamente a la forma más alta de legitimación democrática antes descripta" (Ferreyra, 2014, p. 51). Sin embargo, advierte el constitucionalista que la ausencia de debate popular no necesariamente produce vicio en las decisiones del gobierno durante los momentos corrientes, "siempre que determinadas condiciones institucionales sean satisfechas" (Ferreyra, 2014, p. 52).

Ferreyra destaca con su brillante constitucionalismo realista cuál debe ser el tono del leguaje que corresponde al Derecho Constitucional volcado hacia una "rigurosa concepción de las garantías constitucionales". En este sentido, enseña que "las garantías son diseñadas para acortar las orillas que habitualmente separan lo ordenado por la prescripción enunciada en el texto constitucional y por el sentido que la práctica de las autoridades

a cargo del gobierno pueda aplicarle incorrectamente" (Ferreyra, 2014, p. 83). Eso nos remite a una idea nuclear:

> que "la política debería ser constitucionalmente adecuada", por lo que se descarta de plano la posibilidad de que la constitución pueda ser políticamente adaptada según el paladar o antojo de quienes representen circunstancialmente la voluntad del cuerpo electoral (Ferreyra, 2014. p. 83).

Importante comentar que la Constitución no debe perder su vínculo de identidad entre el tiempo y la realidad a los cuales se dirigen sus prescripciones, aunque referida realidad esté sujeta a los cambios históricos del porvenir. Incluso delante de las cambiantes circunstancias históricas, la Constitución debe mantener su identidad, resguardando su fuerza normativa, y el único modo de hacer eso es por medio de una reforma que tenga como presupuesto el hecho de que el pueblo "es el sujeto que tiene derecho a cambiarla o modificarla cuando en libre y democrática decisión política fundamental considere oportuno y necesario disponerlo" (Ferreyra, 2014, p. 96), de manera que referida reforma pueda respaldar el propio compromiso constitucional que, a su vez, canaliza los preceptos de la democracia. Por lo tanto, si como ilustra el Preámbulo de las constituciones (me refiero tanto a la argentina como a la brasileña) son los representantes del pueblo quienes las ordenaron, las decretaron y las establecieron (tomando con muchas pinzas el término "representantes"), se puede concluir que la reforma constitucional también sólo puede ocurrir mediante una decisión del pueblo, mejor diciendo, una decisión de la voluntad de los ciudadanos que integran el pueblo, pues ésta posee mayor autoridad. Así, "el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral" (Ferreyra, 2014, p. 96).

En este sentido, tanto Ferreyra, con su lenguaje del derecho, como Berni, con sus resonancias del arte, parecen trazar los presupuestos necesarios para la comprensión de la ingeniería del poder y sus procesos democráticos que se dan por medio de la participación popular, lo que pone en evidencia la noción del

humanismo retratado en el "nuevo realismo" estético de Antonio Berni. No quedan dudas, en mi opinión, de que tanto Ferreyra como Berni destacan la convicción humanista de que es el hombre la justa medida de todas las cosas –tanto en lo estético como en lo constitucional–, justificación que se entresaca del realismo constitucionalista berniano y del constitucionalismo realista de Ferreyra, al poner como centro de todo y cualquier debate el componente humano latinoamericano con sus diversidades y singularidades pintadas en múltiples rostros, razas, géneros y perfiles que configuran el aspecto idiosincrásico del *ser* y del *tiempo*, y que forman las narrativas del pueblo con su necesario protagonismo en las arenas políticas y, consiguientemente, en la creación del Derecho Constitucional.

Referencias

Barthes, Roland. *El susurro del lenguaje - Más allá de la palabra y la escritura*. 1. ed. (Título original: *Le Bruissement de la langue,* traducción: C. Fernández Medrano). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós, 2013.

Charaudeau, Patrick. *Langages et discours*. Paris : Hachette, 1983.

—. Des conditions de la mise en scène du langage. In: DECROSSE, Anne (dir.). *L'esprit de société : vers une anthropologie social du sens*. Paris: Mardaga, 1993. p. 27-65.

—. De la competencia social de comunicación a las competencias discursivas. *Revista Lationoamericana de Estudios del Discurso*, Caracas, v.1, n. 1, p. 7-22, ago.2001. Disponible en: <http://www.patrick-charaudeau.com/De-la-competencia-social-de.html> / Accedido el 12 de febrero de 2016.

Contenido sobre Antonio Berni para docentes. Disponible en: <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD5/contenidos/docentes/recursos/2sobre-berni.html> Accedido el 10 de febrero de 2016.

Ferreyra, Raúl Gustavo. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2014.

—. Clases sobre Reforma Constitucional. Modalidad intensiva de cursos para el Doctorado. Departamento de Postgrado.

Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires (UBA), enero de 2016.

Frases de Antonio Berni. Disponibles en: <http://www.literato.es/autor/antonio_berni/> Accedido el 10 de febrero de 2016.

Foucault, Michel. *La Arqueología del Saber* (Título en original: *L' Archéologie du Savoir;* traducción de Aurelio Garzón del Camino). Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

Historias de la Argentina. (Enciclopedia Virtual). Disponible en: <http://www.todo-argentina.net/historia/decadainf/justo/1934.html> Accedido el 10 de febrero de 2016.

López Alfonsín, Marcelo Alberto. Clases sobre Derecho Constitucional. Modalidad intensiva de cursos para el Doctorado. Departamento de Postgrado. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires (UBA), enero de 2016.

Museo de Arte Latinoamericano de Buenos Aires - Fundación Costantini. Disponible en: <http://www.malba.org.ar> Accedido el 12 de febrero de 2016. Visitado en enero de 2016.

Noticias sobre la Argentina y Antonio Berni. Disponibles en: <http://www.elintransigente.com/argentina> / Accedido el 10 de febrero de 2016.

Obras y biografía de Antonio Berni. Disponibles en <http://www.malba.org.ar/wp-content/uploads/2014/04/Berni.pdf> y también en: <http://cvaa.com.ar/02dossiers/berni/6_obras_1934_1.php> Accedidos el 10 de febrero de 2016.

Pepe, Pablo F. *Un hombre, un pintor, un maestro*: Pablo F Pepe. - 1ª ed. - Don Torcuato: Autores de Argentina, 2009.

Ravetti, Graciela; Arbex, Márcia (org.). *Performance, exílio, fronteiras:* errâncias territoriais e textuais. Belo Horizonte: Departamento de Letras Românicas, Faculdade de Letras / UFMG: Poslit, 2002.

Rosanvallon, Pierre. *Le bon gouvernement*. París : Éditions du Seuil, 2015.

Russell, Bertrand. *Nuestro conocimiento del mundo externo*. Buenos Aires: Losada, 1946.

Valadés, Diego. *La lengua del Derecho y el derecho de la lengua,* discurso de ingreso a la Academia Mexicana de la Lengua. 25 de agosto de 2005, Universidad Autónoma de México y Academia Mexicana de la Lengua. México, 2005.

¿Existe un ámbito de lo no jurídico?

Carlos Adolfo Zúñiga Rendón

"No decía palabras, acercaba tan sólo un
cuerpo interrogante, porque ignoraba que
el deseo es una pregunta cuya respuesta
no existe, una hoja cuya rama no existe,
un mundo cuyo cielo no existe (…)"

(Luis Cernuda, *La realidad y el deseo (1924-1962)*,
IV "Los Placeres Prohibidos", recogido de
"Poesía Completa" Vol. I, Ed. Siruela, Madrid, 1993)

Antecedente / Problemática Inicial

Durante un análisis al artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina,[1] se planteó en clases el hipotético caso de tratar la posible existencia de un ámbito de lo no jurídico. El caso trae a dos personas mayores, que al conocerse se atraen mutuamente, deciden salir juntos y terminan por consentir el compartir la intimidad de la habitación de uno de ellos. La cuestión del caso está en que si todo aquello que acontezca dentro de la referida habitación, como consecuencia de la atracción humana, se encuentra o no dentro del ámbito de lo jurídico, o dicho de manera figurada: si el derecho regula y por lo tanto "ingresa" a la habitación; o, si, por el contrario, encuentra su límite en la puerta. Se propuso entonces, como texto de referencia, la obra *"El ámbito de lo no jurídico"* del alemán Karl Engisch.

Siguiendo a Engisch, la aceptación de un ámbito libre de derecho depende absolutamente de la concepción que uno

[1] Constitución de la Nación Argentina: "*Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*".

tenga del mismo [2]. Aunque este autor no termine decidiéndose por ningún camino a seguir pese a denotar cierta inclinación por una concepción imperativista,[3] anticipamos que la concepción que manejaremos será la de un derecho entendido como sistema de normas jurídicas positivas y de principios fijados para garantizar la convivencia pacífica de los individuos en sociedad, sin desconocer otras fuentes como la jurisprudencia.

1. Punto de arranque contractualista

A mediados del siglo 17, Hobbes sostuvo que la finalidad de hacer leyes no es sino la limitación de la libertad natural del hombre, limitación sin la cual no existiría posibilidad alguna de paz.[4] De este modo, la libertad para Hobbes consistía en la *"ausencia de impedimentos externos que a menudo pueden arrebatar a un hombre parte de su poder para hacer lo que le plazca, pero no pueden impedirle usar del poder que le queda, de acuerdo con lo que le dicten su juicio y razón"*.[5] Es decir,

---

[2] Engish, Karl, *El ámbito de lo no jurídico,* trad. E. Garzón Valdez, Córdoba (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba, 1960, p. 52. A lo largo de la segunda parte de su trabajo, Engisch ofrece diversas concepciones del derecho: 1) Como conjunto de autorizaciones (p. 54); 2) Como conjunto de normas (p. 56); 3) Como conjunto de normas valorativas (p. 72); 4) Considerando la estructura de la norma como una proposición hipotética del deber ser, constituida por un hecho y la consecuencia jurídica de una orden (p. 85); 5) Como consecuencias jurídicas. En esta parte cita a Schreier, para quien ámbitos libres de derecho son todos aquellos hechos naturales que no provocan consecuencias jurídicas (p. 89); 6) Como externalidad coactiva por parte del Estado, no pudiendo tener como contenido propio los deberes del hombre que corresponden a su perfeccionamiento personal (p. 103); y, 7) Lagunas en el Derecho (p. 110).

[3] Pazoz Crocito, José Ignacio, *Lo no jurídico. Sobre un ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica en el derecho penal*, Universidad Nacional de La Plata, p. 246. Disponible en el Sitio Web del Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de La Plata: http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/32795 En su tesis, Pazos realiza una crítica a la posición de Engisch, manifestando que "lo relevante en el esquema por él presentado es que, sea cual fuere la posición que se tome frente al Derecho como construcción, se presentarán ámbitos libres en él (íd.)".

[4] Hobbes, Thomas, *El leviatán*, trad. por Antonio Escohotado, Tomo I, 1ª ed., Buenos Aires: Losada, 2007, p. 236.

[5] Ibídem, p.132.

que una vez dado el pacto social donde el individuo concesiona su libertad original, quedaría un remanente de libre actuación desprovista de toda regulación. Locke, por su parte, sostuvo que el estado de naturaleza no consistía en un estado de guerra como planteaba Hobbes, sino más bien de completa libertad para ordenar los hombres sus actos y disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca. No obstante, de seguido advertía que aunque ese estado natural sea un estado de libertad, no lo es de licencia, pues del hombre "no se concibe una libertad sin límites siendo capaz de destruirse a sí mismo".[6]

Con la Revolución francesa terminó por consolidarse el ideario contractualista en la concepción del derecho basado en un contrato social cuyas cláusulas, en palabras de Rousseau, se reducen a una sola: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera porque, inicialmente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás. Se trata de una enajenación sin reservas y el individuo, dándose cada uno a todos, no se da a nadie.[7]

En líneas generales los contractualistas vieron en la Ley una limitación a la libertad del individuo, al mismo tiempo que reconocían que esto no representaba una absoluta regulación de todos los aspectos de su vida, pues se mantuvo la idea de un remanente, de un sobrante de ella fuera de lo jurídico. Bajo esta perspectiva la búsqueda de espacios libres de derecho tomaría estudio de las dicotomías de lo permitido y lo no permitido, así como de lo prohibido y lo no prohibido por la Ley.

2. Prohibición y permisión

El ejercicio de la libertad vería sus límites en lo jurídicamente normado, vacilando entre las omisiones de lo prohibido

---

[6] Locke, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, trad. por Armando Lázaro Ros, Barcelona, Orbis, 1983, p. 26.

[7] Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de derecho político,* trad. por Enrique de la Rosa, Buenos Aires: Fabril, 1961, p. 162.

y lo permitido por la Ley, al punto que en la mayoría de constituciones y código civiles de occidente se reproduciría como un principio básico la base del artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,[8] que a su vez concentra el concepto de libertad de Montesquieu, según el cual la libertad *"no puede consistir sino en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no se debe querer. Es preciso distinguir bien la libertad de la independencia. La primera es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; y si alguno pudiese hacer, lo que prohíben, carecería de libertad, porque los demás tendrían esta misma facultad"*.[9]

Bajo este precepto la idea de libertad se limitó a lo expresamente permitido por la Ley. Sin embargo la indeterminación que representan las expresiones *"no prohibido por la ley"*, *"permitido por la ley"* y *"lo que la ley no ordena"* no cesó de presentar dificultades hasta nuestros días. No nos detendremos a discutir el sentido de la *no prohibición* como equivalente de *permisión*, pero sea oportuno anticipar que no todo aquello que no se encuentra expresamente prohibido o permitido jurídicamente, acaece por ello en el ámbito de lo *no jurídico*.

Cobra sentido lo indicado por Von Wright cuando decía que: *"resulta inconcebible que una autoridad empírica haya asignado un valor normativo a todos los estados de cosas posibles, pues necesariamente habrá estados de cosas individuales a los que el Derecho positivo no declare ni permitidos ni prohibidos"*.[10] En tal virtud, aun con la pretensión de completitud que emprendió la codificación napoleónica en el siglo XIX, quedó evidenciada la imposibilidad legislativa por asignar un valor jurídico a todo estado de cosas posible, quedando las

---

[8] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *"Art. 5. La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena"*.

[9] Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, trad. Siro García del Mazo, Tomo X, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906, p. 225.

[10] Wright, Georg Henrik von, ¿Hay una lógica de las normas?, Doxa. N. 26, (2003), p. 36.

miradas en el poder judicial como posible solucionador de la cuestión con su facultad de interpretación normativa.

Pero, ¿qué ocurre entonces con las situaciones que no se encuentran reguladas por el derecho? ¿Debemos entenderlas en un ámbito libre de derecho, por fuera de él? Con salvedad de las claras prohibiciones de Ley y de los enunciados de materias que profesan fiel miramiento al principio de legalidad (ej. penal; fiscal), los vacíos y omisiones de la Ley encuentran una solución gracias a la eventual regulación legislativa de la situación omitida y a la facultad interpretativa del juez.

En cierto sentido de previsión, Von Wright consciente de los avances en la ciencia y tecnología y de lo poco deseable que en momentos de rápido cambio podría resultar el permitir todo lo que el legislador todavía no ha considerado normativamente, ha propuesto que *"al menos para algunas categorías de estados de cosas puede ser prudente adoptar una metanorma que establezca que, en caso de que tales estados de cosas lleguen a ser o a ser posibles, antes de hacerlos se debe tener un permiso"*[11] por parte del legislador. Esta propuesta contribuye a mitigar la incertidumbre en la regulación de los nuevos estados de cosas que se presentan, aunque acarrea el riesgo de limitar a los jueces a depender exclusivamente del legislador para tales eventos. En la siguiente sección nos referiremos brevemente a la tensión que los vacíos suscitan entre poder legislativo y el judicial.

3. Lagunas normativas y discrecionalidad

Según el alemán Wilhelm Sauer, existen lagunas cuando *"el orden jurídico abstracto a veces no proporciona en ciertos casos concretos una norma jurídica "adecuada"*[12]. Por su parte, Engisch ha agregado que el concepto de laguna no se limita a la falta de un criterio jurídico material, sino también a la situación de que *"el juez o alguna instancia llamada a decidir jurídicamente, tiene*

[11] *Ibíd.*, p. 42.

[12] Sauer citado por Engisch, óp. cit., p. 111.

que hacerlo en un caso en que no está autorizada la "negación de juzgar", pero la ley y el derecho consuetudinario no proporciona una respuesta precisa y suficiente".[13]

En relación a las lagunas normativas resulta enriquecedora la discusión entre Fernando Atria y Eugenio Bulygin –entre otros–, sobre la interrogante: ¿cuál debe ser la función de los jueces ante la existencia de una laguna?[14] Para empezar, ambos autores coinciden en la existencia de lagunas normativas y que la respuesta a la mencionada interrogante dependerá de la manera en que se conciba a la función judicial.

Atria y Ruiz Manero comparten que, ante la inexistencia de una norma jurídica específica que lo obligue a condenar, el juez está obligado a rechazar la demanda. De acuerdo con Atria, que defiende la completitud de los sistemas jurídicos, Alchourrón y Bulygin caracterizan equívocamente a la función judicial al asumir que solucionar conflictos de intereses es la función primaria de los tribunales.[15]

Por su parte el profesor Bulygin, para quien resulta insostenible la separación tajante de la función del poder legislativo como creador de normas generales y del poder judicial como órgano de aplicación, ha dicho que los jueces no pueden limitarse a informar a las partes que el derecho no contiene una determinada norma, pues su función no es informar a los litigantes acerca del contenido del derecho, sino resolver el conflicto, y para hacerlo, tienen que dictar una norma.[16] Por ello defiende que también los jueces ordinarios se vean obligados

---

[13] *Ibíd.*, p. 113.

[14] Vease "*Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial"* que recoge las posturas y aportes de diversos autores en torno a la temática analizada en la perenne obra "*Sistemas Normativos*" (*Normative Systems*) de los profesores argentinos Carlos E. Alchourrón (+) y Eugenio Bulygin, específicamente sobre la existencia de lagunas en el derecho y la potestad discrecional del juez para resolverlas.

[15] Atria, F.; Bulygin, E.; Moreso, J.; Navarro, P.; Rodriguez, J.; Manero, J., *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 18.

[16] *Ibíd.*, p. 40.

a crear normas generales cuando se enfrentan con casos de lagunas o contradicciones normativas, pudiendo resolver discrecionalmente en estos casos.[17]

Sin embargo, Atria ha defendido que no siempre hay un conflicto esperando a ser resuelto y que aun en los casos en que hay conflicto, la intervención del derecho no siempre los soluciona.[18] Preguntándose sobre cuál es el deber de un juez si en la relación de hecho contenida en la demanda figura una propiedad que no pertenece al "Universo de Propiedades", concluye que *"en los casos que el derecho no pretende regular, hay una asimetría (entre acoger o rechazar la demanda), y el juez, sin crear norma alguna, debe desechar la demanda, sin arbitrariedad y sin discreción"*.[19] En alusión a la tesis de Bulygin, se pregunta: *"¿Qué hace correcta a una interpretación? ¿Hay algo que la haga correcta en adición a los argumentos en virtud de los cuales yo creo que es correcta?"*. Induce la metáfora de que la búsqueda de un *"algo"* adicional que obligue al juez es la búsqueda de "*El Dorado*", sentenciando que *"no hay, ni puede haber, nada más"*.[20]

Finalmente, Bulygin critica la perpetua obligación del juez a rechazar la demanda cuando el demandado no ha infringido ninguna norma. Aclara que cuando el caso está solucionado por las normas, no hay discrecionalidad, pues solo la hay si el caso carece de solución.[21]

Lo que hagan los jueces ante la falta o inexistencia de norma jurídica adecuada, o bien ante la imposibilidad de negarse a

---

[17] *Ibíd.*, p. 43.

[18] Pone de ejemplo el divorcio, donde señala que es perfectamente posible que al llevar el problema ante el magistrado el conflicto se haga más agudo (p. 56-57). Defiende su postura apoyándose en Neil MacCormick, sobre el carácter auto-referente de los sistemas normativos institucionalizados: *"no hay conflicto sino cuando conforme al derecho hay conflicto, no hay solución del conflicto sino cuando el derecho provee una solución del conflicto, etc.* (p. 57)*"*.

[19] *Ibíd.*, p. 66.

[20] *Ibíd.*, p. 71.

[21] *Ibíd.*, p. 84.

juzgar, nos ofrece un peculiar panorama para nuestra búsqueda de un ámbito de lo no jurídico. Veamos: ¿Cuál sería el camino más viable?

Por un lado, el rechazo de la demanda por falta de norma jurídica adecuada, lleva a admitir, al menos, dos cosas: la primera, que el derecho es una estructura determinada, cerrada y definitiva, que lo jurídico es todo y únicamente aquello que se encuentra determinado positivamente en el ordenamiento jurídico, siendo su estado opuesto lo *no jurídico*; y, la segunda, que el juez, ni aun por la vía de interpretación, podría lograr obtener la solución de conflictos que se le presenten y para los que no exista una norma específica sobre un acto, sujeto o circunstancia determinada, por lo que el juez volvería a su antiguo y mecánico oficio de *bouche de la loi*. Claro está, que para ciertas materias del derecho público, en las cuales los supuestos de hecho obedecen estrictamente al principio de legalidad y no permiten interpretaciones extensivas, cobraría mayor sentido la tesis del rechazo propuesta por Atria[22].

Por otro lado, apreciamos que optar por la facultad discrecional del juez en los casos que carecen de solución o de norma "adecuada", es coherente con la verdadera vocación de la potestad jurisdiccional[23]. Existen mayores motivos para apoyar esta postura que dista de ubicar al juez en una relación sumisa con el legislador y que le reconoce verdadero sentido a su facultad interpretativa según su sana crítica, pues la interpretación, en sus varios métodos, ofrece una amplia variedad de la que bien podrá servirse el juez en busca de la verosimilitud.[24] Es así que

---

[22] En oposición, véase la tesis de Pazos Crocitto encaminada a una construcción y conclusión en torno a lo que ha denominado "ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica" poniendo en crisis el principio de legalidad (p. 273 ss.).

[23] Evitamos el término *"creación"* por el problemático cruce de posiciones que entraña, optando sencillamente por el de *"discrecionalidad"* judicial para casos de vacíos y lagunas. Al caso resulta ilustrativo el artículo "*Los jueces ¿crean derecho?*" de Eugenio Bulygin, Revista Isonomía No. 18 / Abril 2003.

[24] Sobre el empleo de este término véase en: "*¿Verdad o verosimilitud?*" de Carlos M. Cárcova, disponible en: http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Carcova-

Radbruch señalaba, que entre la teoría de la división del poder y la prohibición de creación de derecho

> *el juez puede seguir la una sólo a costa de la otra y como la deficiencia de la ley es inevitable, y la prohibición de negarse a juzgar es indispensable, el juez deja de lado en este conflicto de deberes sobre la división de poderes, la prohibición de crear derecho… El fallo judicial y la ciencia del derecho han sido y serán siempre creadoras de derecho, a pesar de la teoría de la división de poderes*[25].

Otro punto favorable de la propuesta de Bulygin es su consciencia en la indeterminación del derecho. La constante e inevitable aparición de vacíos, contradicciones y lagunas normativas, hacen que carezca de todo sentido referirnos al derecho como un sistema totalmente hermético, finito y completo. Genaro Carrió ha señalado que no resulta indicado hablar de *"lagunas"*, porque esta metáfora sugiere la existencia de una clara línea de delimitación entre los casos claros y los que (todavía) no lo son, provocando confusión. Por lo que considera prescindir de ella y mejor decir que el orden jurídico no es un sistema cerrado o finito, sino un *"sistema abierto"* [26]. Pero más allá de la denominación que empleemos, las zonas de indeterminación son insalvables y los casos que se susciten en ellas reclamarán, en su momento, de auténticas decisiones (y no simples deducciones), que una vez consolidadas aportarán certeza a un área que, hasta entonces, carecía de ella, siendo éste el papel principal de la jurisprudencia.[27]

Verdad-o-verosimilitud.pdf / En relación a la función de los jueces, llega a decir el profesor argentino: *"Este Juez receptor-narrador, se encuentra en algún sentido limitado a construir una verdad que sea la verdad del proceso, o quizá resulte más preciso decir la narración verosímil del proceso, una vez que hemos visto ya, cuán esquiva y precaria es la noción de verdad y sobre todo la de verdad histórica, es decir la que se refiere a la ocurrencia de ciertos hechos"* (p. 20).

[25] Radbruch, citado por Engisch, óp. cit., p. 118.

[26] Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ª ed., Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2001, p. 59.

[27] *Ibíd.*, p. 58.

Sin embargo, urge precisar ciertas pautas a la discrecionalidad jurisdiccional. Según Engisch, *"este derecho pseudolegislativo del juez puede evidentemente coordinarse como fuente del derecho el restante derecho y por lo tanto puede considerarse nuevamente el orden jurídico como un orden "cerrado"* [28]. En este punto nos permitimos disentir con Engisch, pues si bien reconocemos el ámbito discrecional de la acción judicial para los vacíos normativos, al mismo tiempo resultaría equivocado endosar únicamente al juez tal cometido. El juez encuentra límites a su potestad discrecional, no puede apartarse de la literalidad de ciertos términos, de la voluntad legislativa, de precedentes judiciales sino con la suficiente justificación, y no podría –ni debería– tampoco emprender todo intento de regulación indiscriminada de cualquier estado de cosas, siendo consciente de cierto estado de cosas que no llegan a ingresar al ámbito jurídico como veremos en la siguiente sección.

Por su parte, un enfoque argumentativo del derecho ha introducido igualmente cierta prudencia para la discrecionalidad judicial. Desde hace algunos años, de forma progresiva ha sido superada toda confusión de discrecionalidad con arbitrariedad. Hoy, como presupuesto del estado constitucional democrático, se exige indefectiblemente la debida motivación de toda clase de pronunciamientos, incluso de aquellos en los que la autoridad decisora, sea administrativa o judicial, goce de cierto margen *"libre"* de apreciación. La exigencia motivacional consiste en mostrar las razones que permitan justificar una decisión en términos jurídicos, es decir manifestar el carácter aceptable o correcto de esa decisión.[29] Ejemplo de ello lo ofrece el control judicial al que actualmente se encuentran sometidos los actos políticos y de libre discrecionalidad de las autoridades administrativas. Por lo tanto, el requisito de motivación constituye otro límite razonable a la actividad discrecional de los jueces y controlaría cualquier intento arbitrario por llegar a

---

[28] Engisch, óp. cit., p. 119.

[29] Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, 1ª ed., Barcelona: Ariel, 2012, p. 265 y ss.

regular algún estado de cosas que se encuentre por fuera del derecho, es decir en el ámbito de lo no jurídico.

Necesario es advertir que al solucionarse un problema de lagunas u omisiones normativas, sería erróneo afirmar que el estado de cosas omitido y hasta entonces libre de regulación jurídica, haya pasado a incorporarse de un ámbito *no jurídico* a uno *jurídico*. De ahí lo importante en distinguir, de entre las cosas que se encuentran libres de regulación normativa expresa, aquellas que admiten eventual regulación jurídica y aquellas que no la admiten por cuestiones sustanciales propias. Las primeras (es decir, las no normadas pero que admiten regulación) integran el ámbito de *lo jurídico*, tratándose de cosas que han habitado desde siempre el universo de propiedades del derecho, dispuestas a su posibilidad regulativa. Las segundas (aquellas que no admiten regulación alguna) integran el ámbito de *lo no jurídico*, entendiéndose como tal un espacio reservado para aquellos estados de cosas cuya posibilidad y cualquier intento de regulación resulta vano, debido a que no pueden llegar a ser comprendidos normativamente.

Finalmente, resaltamos que las lagunas normativas son justamente eso: vacíos o falta de normas dentro del universo de propiedades del derecho, de ahí su correcta denominación clasificatoria de lagunas *normativas*. Toda laguna del derecho, por ser precisamente *"del derecho"*, habita en el umbral del ámbito *jurídico*, sea como sujeto, objeto o situación susceptible a ser regulada eventualmente por el juez o el legislador. Por el contrario, los supuestos de hecho que no ingresan al ámbito del derecho, no son ni pertenecen *"al derecho"*, por lo que no pueden ser considerados lagunas *normativas*. Estos supuestos no ingresarían al universo del derecho ya sea porque no le interesan al derecho o bien porque por su propia naturaleza no podrían regularse jurídicamente. Así, para concluir, citamos a Engisch cuando expresaba:

> *En realidad hay lagunas, pero solo lagunas de la ley y éstas pueden ser dominadas jurídicamente y por lo tanto*

> *no permiten la aparición de ningún ámbito vacío del derecho […] donde se da el ámbito vacío de derecho, no hay derecho y por consiguiente, tampoco lagunas de derecho. Pues la laguna está, hablando metafóricamente, "en el derecho" y, por el contrario, el ámbito vacío de derecho existe "alrededor del derecho*[30].

4. Ámbitos por fuera de la regulación jurídica

El derecho positivo se presenta principalmente de dos maneras ante el infinito universo de estado de cosas y probabilidades: 1) de forma positiva, esto es regulándolos de forma expresa; o, 2) de forma negativa, omitiendo referirse a aquellos.

De aquellas cosas omitidas por el derecho positivo, es oportuno distinguir dos situaciones:

2.1) Aquel estado de cosas que el legislador no ha regulado, pero cuya posibilidad de regulación queda abierta. En este orden, Pazos sostiene que un estado de cosas, se entenderá ubicado en un ámbito no alcanzado por el derecho mientras no esté regulado en el presente:

> *[…] aun cuando se conciba la libertad del orden jurídico como una cualidad completamente negativa, como un no estar determinado jurídicamente, no hay sin embargo ningún límite determinable a priori del grado hasta donde el orden jurídico puede abarcar la conducta de los hombres; pero ello no debe llevar a esgrimir la tesis de la completitud de los ordenamientos jurídicos, pues la susceptibilidad de la regulación futura no torna por ello, jurídicas o normativas actualmente a las conductas que en el presente son adhiaporas*[31].

---

[30] Engisch, óp. cit., p. 116.

[31] Pazos Crocitto, óp. cit., p. 272. Según el autor, se denomina como actividades jurídicamente *adiaphoras* a todas aquellas *"conductas cuya ejecución u omisión por los interesados resultan indiferentes para el Derecho y que, por ello, se encuentran libres de las consecuencias que aquel suele deparar para determinados extremos. Estas acciones se hallan en un auténtico ámbito no alcanzado por el Derecho* (Ibíd., p. 266)*"*.

La abierta probabilidad de llegar a ser regulada una situación omitida por el derecho tiene distintas explicaciones: Se explica en su inevitable indeterminación, reflejada en lagunas o vacíos normativos que dan lugar a su intento de completitud mediante el desarrollo legislativo o jurisdiccional tal como indicábamos en la sección anterior. También se explica con la aparición de nuevos estados de cosas que pasan a ser conceptuados jurídicamente y ubicados bajo nuevas categorías de regulación (ej. nuevas tecnologías, inventos como la robótica). Además la mencionada apertura encuentra explicación en el tardío interés del derecho por determinados actos, objetos o circunstancias preexistentes, que no tenían hasta entonces regulación o cuya magnitud de consecuencias nunca antes fueron previstas, dando lugar a la necesidad de regularlos y controlarlos (ej. actos políticos y discrecionales de la administración; el régimen jurídico de la electricidad y su negociación como bien dentro del comercio; la regulación del comercio de células madres, embriones y otros similares).

2.2) Aquel estado de cosas, que por su misma esencia, su regulación resulta prácticamente inviable. Algunos de estos actos no causan siquiera efecto jurídico alguno y por ello el derecho no los llega a considerar relevantes (ej. la amistad de dos personas; sentimientos humanos). Otros, en cambio, causan ineludiblemente efectos jurídicos significativos pero que por sus cualidades inherentes excluyen toda posibilidad de regulación, escapando del ámbito de lo jurídico (ej. actos revolucionarios).

A continuación haremos breve mención a dos estados de cosas que permiten contribuir a la tesis de la existencia de un ámbito de lo no jurídico: El sentir humano y el acto revolucionario.

4.1. El sentir humano y acciones libres de derecho

Muy a pesar de la alta tendencia del ser humano por hacer del derecho un todo completo y omnipresente[32], persiste un gran

[32] El derecho es creación humana, por tanto la propensión a su omnipresencia y perdurabilidad no es resultado propio de su esencia sino única y exclusivamente de la voluntad de su creador.

margen de acción cargado de espontaneidad y que constituye la expresión más pura, inmediata y elemental de su naturaleza. Se trata de espacios libres de derecho para los cuales su ejecutor siquiera podría sospecharles enfrentamiento jurídico alguno[33], pues obedecen al instinto y son ejecutados con la plena convicción de ser aquellos correctos.

Resulta variada la génesis de la diversa gama de sentimientos que guían, y en ciertas ocasiones, apresan al ser humano. Unos tantos brotan de la espontaneidad de su instinto, algunos se adquieren y se ven afectados por la percepción de externalidades, otros se fomentan con la práctica de hábitos. Lo cierto es que independientemente de ser exteriorizados, los sentimientos habitan en la esfera interna del individuo, constituyendo una parte fundamental de su personalidad y debido a la imprevisibilidad y lo mudable de su carácter, resulta difícil imaginar su sujeción a parámetros legales que pretendan imponerlos, conceptuarlos jurídicamente, conducirlos, juzgarlos y regularlos cómo y cuándo ser sentidos o ejercidos.

En este orden de ideas, Arturo Enrique Sampay, durante su análisis al artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina, manifestaba que los actos internos no caen bajo la regulación del Estado porque el hombre se encuentra naturalmente y moralmente impedido:

> *(…) Primero, está impedido naturalmente porque el hombre sólo percibe las cosas que aparecen al exterior y únicamente los actos externos se manifiestan por signos sensibles, por lo cual, si el legislador mandara sobre aquellos actos no sabría si es obedecido y, en consecuencia, no podría juzgar el comportamiento de los destinatarios de sus órdenes. Segundo, el Estado no debe reglar esos*

[33] Al modo del diálogo que mantiene Sócrates en su subconsciente con las leyes, en el segundo capítulo del *"Critón"* de Platón, y al que John Burnet ha denominado "prosopopeya de las leyes" como recurso dramático por el cual se personifica a las leyes de Atenas que aparecerían conversando con Sócrates sobre lo correcto e incorrecto por hacer, de acuerdo a lo que ellas disponen. (V. PLATÓN, *Critón*, coment. y trad. por Conrado Eggers Lan, 3ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires: Eudeba, 2015).

> *actos porque su potestad legislativa tiende exclusivamente a la paz y honestidad exterior de los miembros de la comunidad, con las cuales no se vinculan los que se consuman en el interior del ser humano*[34].

Pero el mismo Sampay advirtió que aquello no significaba que la Ley del Estado no ordene indirectamente a los actos interiores del entendimiento y de la voluntad en cuanto están unidos a actos exteriores mandados o prohibidos, así como tampoco significa que no juzgue, a través de manifestaciones sensibles, el grado de malicia o bondad internas del acto humano exterior[35].

Así también, Radbruch aclaraba que no es que la moral sea interna y la juridicidad externa, pues existen conductas internas jurídicamente relevantes (ej. buena fe, clase de culpas) y también espacios que el mismo Estado se propone atender (ej. centros de asistencia a la salud mental y espiritual de las personas). Aunque el profesor de Heilderberg llegó a manifestar que no hay ningún dominio de acciones internas o externas que no puedan someterse a valoración tanto jurídica como moral, y que la conducta interna emerge sólo en el círculo del derecho, en cuanto de ella cabe esperar una acción externa[36]. A nuestro parecer, en esta parte Radbruch llega a confundir el móvil del acto antijurídico con el acto antijurídico como tal, pues no toda exteriorización del sentir se encuentra necesariamente en el círculo del derecho. En ocasiones, el derecho, por medio del legislador o del juez dentro de un proceso, puede valorar el sentimiento que guió determinado actuar (ej. envidia o celos como móvil de un asesinato; buena fe), pero tal valoración constituye tan solo una herramienta estimativa de elementos, más no una regulación jurídica específica.

---

[34] Sampay, Arturo E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 31.

[35] Ídem

[36] Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*, trad. por José Medina Echavarría, Madrid: Reus, 2007, p. 93.

En ciertos casos excepcionales, el derecho infiere en el mundo del sentir pero más como una función preventiva que de regulación jurídica: Ejemplo de ello es la absoluta restricción de todo mensaje de odio o violencia (ej. propaganda nazi; Ruanda 94') o de maltrato psicológico, procurando evitar la propagación de sentimientos de desprecio hacia otras personas. También se suele reprochar de forma indirecta una acción derivada de un sentir (ej. usualmente el suicidio no es punible, salvo la acción de asistirlo o alentarlo). Otras veces, la mayoría de normas imperativas evidencian un derecho con pretensiones de guiar el accionar humano hacia una idea de lo *"correcto"* y lo *"justo"*, inspirado por ciertos principios de conducta (ej. asistir a quien lo necesite, evitar el ocio, no tomar ventaja de un mal ajeno, etc.). Pero ninguna de estas intermitencias del derecho en el mundo del sentir resulta suficiente para comprobar que todas las acciones posibles del ser humano se encuentren amparadas bajo el ámbito de lo jurídico.

Ya en un extremo, el intento por comprender jurídicamente la totalidad del accionar humano se ha manifestado a través de ciertos principios jurídicos como el *interés general, la moral, el orden público, el interés común, las buenas costumbres, el bien de la Nación*, entre otros. No es de extrañar que históricamente, bajo una acomodada interpretación de estos vagos preceptos, se haya procurado normar cualquier accionar, incluso la expresión de los sentimientos más íntimos que configuran la esencia de la personalidad humana[37]. No obstante, el fuerte impulso de los derechos fundamentales, especialmente de aquellos propugnados bajo un esquema liberal, terminó por socavar tales principios, objetando su alto grado de abstracción y vaguedad

[37] Ej. La Ley española 16/1970 sobre peligrosidad y rehabilitación social, califica en su artículo segundo, como supuesto de "estado peligroso", a: "*Tercero. Los que realicen actos de homosexualidad*" […] *Noveno. Los que, con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas* […] *Decimocuarto. Los menores de veintiún años abandonados por la familia o rebeldes a ella, que se hallaren moralmente pervertidos*".

por vulnerar garantías de seguridad jurídica y legalidad. En efecto, bien ha señalado Roberto Gargarella que *"los derechos no pueden removerse nunca en nombre de generalidades semejantes […] Justamente, uno podría decir que la idea de derechos nace para oponerse a reclamos hechos en nombre de tal tipo de vaguedades"*[38].

4.2. Actos Revolucionarios

Según Engisch, la experiencia histórica enseña que el derecho no siempre se detiene en los límites de las posibilidades, agregando que *"el afán por lo aparentemente imposible crea a menudo un plus de lo posible. También la voluntad de conformar y vincular para siempre el futuro tiene bajo este y otros aspectos similares, un sentido perfectamente fundado (ej. cláusula de irreformabilidad de las constituciones)"*.[39] De este modo incluía en lo jurídico a los actos políticos, los actos revolucionarios, los hechos de guerra, los casos de necesidad, entre otros.

Los actos políticos, tal como señalábamos en la sección anterior, no escapan del control judicial debido a la exigencia argumental y racional de ser justificados por la autoridad que los emite, ya que estos actos no representan absoluta libertad de actuación. Por su parte, los hechos de guerra han sido ampliamente atendidos por el derecho internacional, desde las formalidades de su declaración, códigos, parámetros del respeto por la asistencia médica, hasta el trato de los prisioneros de guerra, no existiendo dudas de su regulación por el derecho. Igualmente, los casos de necesidad también se ven imbuidos de regulación, especialmente en la normativa penal, donde el amparo por la supervivencia humana ha llevado a establecer los parámetros bajo los cuales opera la eximente de responsabilidad

---

[38] Gargarralla, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, 1ª ed., Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2006, p. 17.

[39] Engisch, óp. cit., p. 34.

al estado de necesidad, al hurto famélico, a la legítima defensa y a otras causas.

Mención aparte merecen los actos revolucionarios, a los cuales Engisch ha calificado como actos jurídicos debido a que *"personifican exigencias jurídicas, son actos jurídicamente significativos, actos productores de derecho que no se realizan en un ámbito vacío de derecho"*.[40] En efecto, los actos revolucionarios encarnan no únicamente exigencias jurídicas, sino también de tipo económicas, políticas, sociales y de cualquier otra índole que motive la movilización humana a tal evento. Asimismo son actos jurídicamente significativos y productores de derecho porque alteran el orden de cosas establecido y constituyen uno nuevo de acuerdo a las exigencias que representan, siendo legitimados estos actos por representar la más inmediata e imperante voluntad popular de un momento histórico.

Empero disentimos con Engisch cuando niega que los actos revolucionarios se realicen en un ámbito vacío de derecho. Justamente lo que caracteriza a una revolución propiamente dicha es su carácter de indomabilidad, reflejada en la total carencia de regulación jurídica normativa para su libre movimiento y en la imprevisibilidad de sus consecuencias. Según Hannah Arendt la trama de la revolución es siempre la libertad y para alcanzar tal libertad se requiere previamente de liberación, cuyos frutos son la ausencia de coerción y la posesión del poder de locomoción, pues no se puede llegar a un lugar donde impera la libertad si no pudiera moverse sin restricción[41].

Arendt señaló además a la *irresistibilidad* como carácter configurativo de una Revolución.[42] De este modo, la autora alemana trazó la línea evolutiva conceptual de la Revolución, la cual respondió inicialmente a una noción astronómica, sumando después un rasgo biológico (pobreza, hambre, cuestión social,

---

40 *Ibíd.*, p. 38.

41 Arendt Hannah, *Sobre la revolución*, 3ª ed., 2ª reimp., Madrid: Alianza, 2016, p. 49.

42 *Ibíd.*, p. 74-75.

etc.) según el cual escapa al poder humano la posibilidad de detenerlo y obedece a sus propias leyes. De este modo afirmó: *"resulta casi imposible evitar el terror fatal cuando una revolución estalla en situación de pobreza de las masas"*[43]. Claro está que un acto revolucionario no se limita únicamente al aspecto de pobreza, pues otros factores de diversa índole podrían motivar tales circunstancias, como podría ser un insoportable estado de indignación popular causado por la inacción de autoridades estatales ante evidentes casos de corrupción e injusticia.

En distintos tiempos, constituyentes de diversos estados han pretendido anticiparse a situaciones futuras a través de cláusulas irreformables, pétreas o también denominadas intangibles, encaminadas a proteger ciertos contenidos o estados de cosas estimados como valiosos por una sociedad, prohibiendo la reforma o alteración de los artículos que los consagran.

Pero frecuentemente la efectividad de tales cláusulas ha sido cuestionada en torno a la invocación de la fuerza revolucionaria. Jorge Vanossi, en un sentido muy similar a Maurice Duverger, ha considerado a las cláusulas pétreas o irreformables como una invitación y una incitación a practicar la "gimnasia de la revolución", para obtener así la modificación ansiada de los contenidos prohibidos[44]. Según el profesor argentino, en el plano de la dinámica constitucional *"tanto la excesiva "rigidez" como la pretendida "eternidad" de ciertas cláusulas, vienen a servir al extremo opuesto de su original finalidad puesto que no evitan cambios sino que favorecen a la consumación de esos cambios por vías revolucionarias"*[45]. En tanto que un sentido opuesto, Sergio Díaz Ricci ha defendido el valor de las cláusulas de intangibilidad, indicando que *"de ningún modo implican que sólo pueden ser superadas por un Poder Constituyente ciego y revolucionario, porque ello implicaría que las mismas provocan la ruptura cuando se quieran modificar los*

---

[43] *Ibíd.*, p. 177.

[44] Vanossi, Jorge, *Teoría Constitucional*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 188.

[45] Ídem

contenidos protegidos empujando a los textos constitucionales al borde del abismo"[46].

En todo caso no puede negarse la fuerza del acto revolucionario, capaz de sobrepasar cualquier limitación, aun cuando un estado de cosas sea revestido de una especial protección por el texto constitucional. Por esta razón cobra sentido que el acto revolucionario sea entendido únicamente bajo el poder constituyente originario, debido a lo estéril de todo intento de su condicionamiento tanto sustantivo como formal o procedimental, encontrándose claramente en el ámbito de lo no jurídico. Bien ha dicho Vanossi que *"el constituyente originario puede estructurar al Estado como quiera, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político a implantar […] Pero la apuntada "ilimitación" es puramente positiva, es decir, que consiste en el no-reconocimiento de límites provenientes del derecho positivo, puesto que también hemos ubicado a ese "poder constituyente originario" fuera del ámbito jurídico, y sería contradictorio que al mismo tiempo estuviera comprendido en las limitaciones que nacen del derecho"*[47].

A modo de reflexión, finalizamos esta sección resaltando que la teoría de la revolución moderna suele tomar a la *Revolución Francesa* como punto de partida histórico de su estudio. Considerando el grado de pobreza general que desencadenó la fuerza –humanamente irresistible– del levantamiento popular francés para configurar el estado de cosas existentes hasta entonces, resulta inquietante que al presente siglo XXI tales niveles de pobreza y desigualdad se presenten de una escala más crítica y nunca antes pensada. Ha sostenido el profesor Raúl Gustavo Ferreyra, que los ascendentes y alarmantes niveles de desigualdad social amenazan la paz relativa de los Estados con alto índice de endeudamiento externo, con lo que se ven

---

[46] Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la Reforma Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, 2003, p. 648.

[47] Vanossi, óp. cit., p. 176.

comprometidos los recursos que procuren y garanticen las condiciones necesarias para que cada individuo defina su propio plan de vida, creándose así una nueva forma de esclavitud o sojuzgamiento[48]. Estas situaciones representan un continuo estado de alerta a posibles estallidos sociales que pretendan revertir tal estado de miseria y precariedad a nivel mundial. Como bien sabemos, a estos actos no existirá limitación constitucional, freno o regulación normativa que se le oponga, pues, por su propia naturaleza, ocupan plenamente el ámbito de lo no jurídico. He aquí el reto quizá más urgente del constitucionalismo moderno.

Conclusiones / Comentario final

1. El ideario contractualista consolidó una noción de libertad bajo las dicotomías de lo "permitido/no permitido" y "prohibido/no prohibido" por la Ley. La omisión legal de ciertos aspectos como permitidos o prohibidos dio paso a las primeras discusiones sobre la posibilidad de un ámbito libre de derecho.

2. La misma Ley es objeto de insorteables problemáticas como lagunas, vacíos y contradicciones normativas que el derecho afronta por su indeterminación y por su incapacidad de abarcar todo estado de cosas posible. Los vacíos y lagunas normativas no son sinónimos de ámbitos no jurídicos, sino más bien de áreas que el mismo derecho es presto a cubrir mediante actividad legislativa o discreción judicial cuando no existe claridad.

3. Debe distinguirse que tales lagunas son *de la norma*, es decir *del derecho*, por lo que su respuesta o completitud la encontrarán dentro del derecho mismo a través de la actividad judicial o legislativa al tratarse de un estado de cosas

[48] Ferreyra, Raúl Gustavo, *Gobernar es Igualar. Isonomía, oportunidades y justicia social en la Argentina,* UNED. Revista de Derecho Político, No. 99, mayo-agosto 2017, págs. 435-473. En igual sentido, véase el texto de la disertación oral por parte del profesor argentino, titulado: *Sobre la Paz y la justicia social* (REDEA, Derechos en Acción, Año 2 Nº 3, otoño 2017, págs. 233-244. Disponible en www.revistas.unlp.edu.ar/ReDeA).

que admite su eventual incorporación al ámbito jurídico, es decir susceptibles de ser calificadas como categorías jurídicas aunque no se encuentren expresamente previstas por la Ley. Por este motivo, para el ámbito de lo *no jurídico* no es preciso ni posible hablar de lagunas normativas, porque este ámbito se encuentra justamente "por fuera "del derecho y no "dentro" de él como un fenómeno suyo.

4. Usualmente los ordenamientos jurídicos no consagran categorías o normas de cierre que delimiten categóricamente un ámbito *jurídico* de uno *no jurídico*. De una revisión integral de un ordenamiento jurídico positivo cualquiera, es posible determinar los estados de cosas que no están regulados jurídicamente, no siendo así posible distinguir qué cosas carecen de regulación por encontrarse por fuera del derecho, es decir ocupando el ámbito de lo no jurídico.

5. Admitir la existencia de un ámbito de lo no jurídico implica aceptar que existen cosas por fuera del derecho imposibles a ser normadas en cualquier tiempo, espacio o circunstancia. En efecto, aquí no es posible concebir al derecho como un sistema normativo omnipresente, finito y completo.

6. El ámbito de lo no jurídico implica también superar una concepción del derecho como consecuencia jurídica. En efecto, no todo estado de cosas que genera efectos en el derecho es susceptible de ser reglado y por lo tanto de ingresar bajo el ámbito de lo jurídico. Así, veíamos que el acto revolucionario establece un nuevo estado de cosas con significativos resultados jurídicos, sin embargo su carácter sustancial no permite regulación alguna.

7. El sentir humano y su exteriorización, siempre que no comprometa bienes de terceros, no podría contemplarse en el ámbito jurídico debido a su amplísima variedad y a la naturaleza inabarcable, mudable e irreductible a definición legal de los sentimientos. Carece de sentido todo intento de regulación y sanción del sentir, debido a la falta de certeza del momento y la forma en que se estaría transgrediendo la norma

que pretende reglarlo. Si bien el derecho se sirve de conductas internas que resultan jurídicamente relevantes (ej. buena fe), esto tan solo responde a una valoración más no una regulación, porque de admitir tal regulación el ser humano no gobernaría sobre sí mismo, enajenando la imperiosa libre expresión de su personalidad.

8. Tampoco podría contemplarse bajo el ámbito jurídico a los actos revolucionarios por la irresistibilidad que revisten dentro de un momento histórico decisivo. Preciso es distinguir las propiedades que suman los actos de este tipo, distinguiéndolos de cualquier simple alzamiento o rebelión popular. La fuerza que conduce al acto revolucionario desconoce de cualquier posible limitación que un ordenamiento jurídico prevea para los actos futuros, incluso desconoce el revestimiento o protección que cláusulas constitucionales pétreas o intangibles procuran asegurar para ciertos contenidos.

9. Históricamente, la noción de completitud del derecho ha llevado a entender como jurídicamente afectado todo accionar de la vida humana. En ciertas sociedades guiadas bajo preceptos totalitarios, mediante la interpretación arbitraria de principios y conceptos dolidos de vaguedad e indeterminación (p. ej. las buenas costumbres, moral, interés público, interés de la Nación) se pretendió la regulación jurídica de los más variados sujetos, objetos y situaciones humanas. Sin embargo, la imposición de garantías de legalidad y seguridad jurídica, además de la exigencia motivacional para jueces y legisladores, han contribuido a limitar todo intento de regulación indiscriminada de todo estado de cosas.

10. Bajo estas consideraciones, la pareja del ejemplo que inspiró nuestro trabajo se encontraría actuando en un ámbito libre del derecho, al menos en lo que respecta a la exteriorización de su atracción mutua. Sin embargo, el derecho queda atento únicamente de aquella exteriorización que llegue a comprometer un bien jurídico ajeno (ej. Caso de abuso sexual, forcejeo, extorsión).

Referencias bibliográficas

Arendt, Hannah, *Sobre la revolución*, 3ª ed., 2ª reimp., Madrid: Alianza, 2016.

Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, 1ª ed., Barcelona: Ariel, 2012.

Atria, F.; Bulygin, E.; Moreso, J.; Navarro, P.; Rodríguez, J.; Manero, J., *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid: Marcial Pons, 2005.

Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 5ª ed., Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2001.

Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la Reforma Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México D.F., 2003.

Engisch, Karl, *El ámbito de lo no jurídico,* trad. E. Garzón Valdez, Córdoba (Argentina): Universidad Nacional de Córdoba, 1960.

Ferreyra, Raúl Gustavo, *Gobernar es Igualar. Isonomía, oportunidades y justicia social en la Argentina,* UNED. Revista de Derecho Político, No. 99, (mayo-agosto 2017), p. 435-473.

Gargarella, Roberto, *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, 1ª ed., Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2006.

Hobbes, Thomas, *El leviatán*, trad. por Antonio Escohotado, Tomo I, 1ª ed., Buenos Aires: Losada, 2007.

Locke, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, trad. por Armando Lázaro Ros, Barcelona: Orbis, 1983.

Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, trad. Siro García del Mazo, Tomo X, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906.

Pazos Crocitto, José Ignacio, "Lo no jurídico. Sobre un ámbito indeterminado o libre de valoración jurídica en el derecho penal". Director: Horacio Daniel Piombo. Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2013. Disponible en el Sitio Web del Repositorio Institucional de la Universidad Nacional de La Plata: http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/32795

Portal Oficial del Estado Argentino. Constitución de la Nación Argentina [en línea]. [ref. de 12 de septiembre de 2017].

Disponible en Web: http://www.mininterior.gov.ar/asuntos_politicos_y_alectorales/dine/infogral/archivos_legislacion/Constitucion_argentina.pdf

Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*, trad. por José Medina Echavarría, Madrid: Reus, 2007.

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de derecho político,* trad. por Enrique de la Rosa, Buenos Aires: Fabril, 1961.

Sampay, Arturo E., *La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.

Consejo Constitucional de la República Francesa. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, [en línea]. [ref. de 12 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Vanossi, Jorge, *Teoría Constitucional*, Tomo I, 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 2000

Wright, Georg Henrik von, ¿Hay una lógica de las normas?, Doxa. N. 26, (2003), p. 31-52.

Origen y alcance de la doctrina estadounidense del Derecho constitucional[1-2]

James Bradley Thayer[3]
Trad. de Mariano Vitetta

I. ¿Cómo surgió en nuestro país la doctrina que permite al Poder Judicial declarar la inconstitucionalidad de las leyes y tratarlas como si fueran nulas? ¿Cuál es su verdadero alcance?

Llama la atención que las constituciones de los estados no hayan otorgado esta facultad de manera expresa, sino implícita. En la primera constitución que se sancionó, nada se dijo que pudiera dar lugar claramente a esta doctrina. Recién después de la aprobación de la Constitución federal se mencionó algo al respecto, como en el artículo XII de la Constitución de Kentucky de 1792. Al principio, en algunos distritos se negaba o se ponía en duda la existencia de esa facultad. Recién en 1825, en un fuerte voto en disidencia, el juez Gibson, de Pensilvania, uno de los magistrados más destacados de los Estados Unidos que posteriormente presidió la Suprema Corte de ese estado, negó rotundamente dicha facultad en tanto no estuviera expresamente incluida en una constitución. Por lo tanto, la negó de manera genérica según las disposiciones de las constituciones

---

[1] Traducción del inglés al español realizada por Mariano Vitetta, traductor público de inglés y abogado de la Universidad de Buenos Aires. Título original: *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, publicado originalmente en Harvard Law Review, tomo 7, número 3 (25 de octubre de 1893), págs. 129-156.

[2] Conferencia pronunciada en Chicago, el 9 de agosto de 1893, en el Congreso de Filosofía del Derecho y Reforma Legislativa.

[3] (1831-1902). Se graduó en la Facultad de Derecho de Harvard en 1856. Entre sus obras, se destacan las siguientes: *Cases on Evidence* (Casos sobre la prueba) (1892); *Cases on Constitutional Law* (Casos sobre el derecho constitucional) (1895); *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (Tratado preliminar sobre la prueba en el Common Law) (1898) y una pequeña biografía de John Marshall (1901).

estaduales, al tiempo que admitió que en la Constitución de los Estados Unidos dicha facultad estaba conferida por la segunda cláusula del artículo VI, en la que se dispone que la Constitución y las leyes y tratados concluidos en virtud de ella "serán la ley suprema del país; los jueces de los estados estarán obligados por ellos, independientemente de que existan disposiciones contrarias en la Constitución o en las leyes de un estado".[4]

Resulta insuficiente fundamentar esta notable facultad en el mero hecho de que una constitución sea escrita o en que los jueces hayan jurado defenderla. Ni la forma escrita ni el juramento de los jueces implica necesariamente el derecho de revocar o rechazar un acto emanado del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo que estos poderes están autorizados a emitir conforme a la Constitución, ni la afirmación por parte de estos poderes de que están autorizados para así obrar. Para confirmar esta aserción, basta con referirse al hecho de que otros países, como Francia, Alemania y Suiza, tienen constituciones escritas y esta facultad no se reconoce en ellas. En su admirable obra *Law of the Constitution* (El derecho de la Constitución), Dicey sostiene que "los límites a los actos del Congreso conforme a la Constitución de Francia no son, en realidad, leyes, dado que no son reglas que en última instancia puedan ser aplicadas por los tribunales. Su verdadero carácter es el de máximas de moralidad política, que derivan la fuerza que tengan de estar incluidas formalmente en la Constitución y del consiguiente apoyo de la opinión pública".[5]

---

[4] Aunque parezca extraño, este fallo ha caído en el olvido. Contiene el tratamiento más calificado que he visto, sin exceptuar la sentencia de Marshall en *Marbury v. Madison,* que, en mi opinión, ha sido sobreestimada. Gibson luego adhirió a la doctrina generalmente aceptada. En *Norris v. Clymer*, 2 Pa. St., pág. 281 (1845), el presidente de la Corte manifestó a los letrados: "Me aparté de ese fallo por dos razones: por un lado, porque la última convención [todo parece indicar que se refiere a la que dio lugar a la Constitución de Pensilvania de 1838] aprobó, con su silencio, la pretensión de los tribunales de examinar libremente los actos legislativos y, por el otro, sobre la base de mi experiencia en cuanto a las necesidades planteadas por cada caso en particular".

[5] Capítulo II, pág. 127, 3.ª ed. El presidente Rogers, en el prefacio a una valiosa colección de artículos sobre la "Constitutional History of the United States, as seen in the Development

¿Cómo llegamos a adoptar esta destacable práctica? Principalmente, como resultado natural de nuestra experiencia política previa a la Guerra de la Independencia, como colonos gobernados por cédulas reales escritas provenientes de la Corona inglesa. Los términos y los límites de estas cédulas, como muchas constituciones escritas, se ejecutaban a través de diferentes medios: por la pérdida de las cédulas, por ley del Parlamento, por la anulación directa de la legislación por parte de la Corona, por un proceso judicial y un recurso en última instancia ante el Consejo Privado del Monarca. Nuestra práctica fue el resultado natural de esto, pero bajo ningún punto de vista fue un resultado necesario. Todo este sistema colonial de restricciones constituía solo el ejercicio normal y habitual del poder. Una autoridad externa había impuesto los términos de las cédulas, la autoridad de un gobierno principal, totalmente organizado y equipado para lidiar con cualquier problema de desobediencia, con un rey, un poder legislativo y tribunales propios. El derecho y la autoridad superiores de este gobierno eran fundamentales aquí, así como plenamente reconocidos; era solo un trámite usual, ordenado y necesario que nuestros tribunales hicieran valer los mismos derechos que reconocían los tribunales de apelación de Inglaterra. Estas cédulas eran, en sentido estricto, derecho escrito*:* tal como sus restricciones sobre las legislaturas coloniales eran ejecutadas por los tribunales ingleses de última instancia, también podían ejecutarse mediante los tribunales coloniales, considerándose nulo todo lo que las contradijera.[6]

---

of American Law" (Historia constitucional de los Estados Unidos, según el desarrollo del derecho estadounidense), pág. 11, destaca que "en la actualidad, no existe en Europa tribunal alguno con competencia para fallar sobre la constitucionalidad de las leyes nacionales. Pero, en Alemania y en Suiza, si bien los tribunales federales no pueden revocar una ley federal, sí pueden declarar la invalidez de una ley cantonal o estadual en caso de que entre en conflicto con el derecho federal". Compárese Dicey, *ut supra,* y Bryce, Am. Com., i. 430, nota (primera edición), respecto de posibles observaciones a esta afirmación.

[6] Para conocer los casos más famosos *Lechmere v. Winthrop* (1727-28), *Phillips v. Savage* (1734) y *Clark v. Tousey* (1745), véase Talcott Papers, Conn. Hist. Soc. Coll., iv 94, nota. Agradezco a Mellen Chamberlain, de Boston, por la referencia de este volumen. La decisión

Llegó la Revolución, ¿y qué pasó después? Fácil: cortamos el cordón que nos unía a Gran Bretaña y ya no hubo un soberano externo. Nuestra concepción fue que "el pueblo" había tomado ese lugar; es decir, nuestra propia población —ubicada en los diferentes estados— era el soberano. Si bien las instituciones existentes no se tocaron, sí se interpretaron mediante la traslación del nombre y del estilo del soberano inglés al nuevo gobernante: nosotros mismos, el pueblo. Después de esto, las cédulas, y con más razón las nuevas constituciones, no eran órdenes que venían desde afuera, respaldadas por un gobierno externo organizado que simplemente cumplía una función de rutina al ejecutarlas; eran preceptos emanados del pueblo mismo que iba a ser gobernado, dirigidos a cada uno de sus habitantes y especialmente a aquellos responsables de llevar adelante el gobierno. No existía un poder superior que respaldara estas órdenes mediante los métodos de coacción habituales. El soberano mismo, habiendo escrito estas expresiones de su voluntad, se esfumó; en la práctica, no tenía órgano alguno para ejecutar su voluntad, excepto aquellos a quienes se dirigían sus órdenes en estos documentos. Entonces, ¿cómo se ejecutaría su Constitución escrita si estos organismos no le obedecían, si fallaban o funcionaban mal?

En este punto surge un problema diferente del que se había presentado en el viejo orden y, sin embargo, nos encontramos con que no se dictaron nuevas disposiciones para abordarlo. Se siguieron los métodos y las concepciones de antaño. En 1776, en Connecticut, mediante una mera ley, la cédula de 1662 se declaró continuadora de la "Constitución civil del estado, bajo la única autoridad de su pueblo, independiente de todo rey o príncipe"; también se agregaron dos o tres reglas fundamentales y conocidas sobre la libertad y el buen gobierno. El pueblo de Connecticut vivió conforme a este régimen hasta 1818. En Rhode Island, la cédula, sin modificaciones, rigió hasta 1842, y,

---

del Consejo Privado del Monarca, contenida en *Lechmere v. Winthrop*, mediante la que se declara la nulidad de una ley provincial que rigió durante casi treinta años, se encuentra en Mass. Hist. Soc. Coll., sexta serie, v. 496.

como se sabe, en relación con ella surgió uno de los primeros casos de acción judicial frente a un acto legislativo para solicitar la aplicación preeminente de disposiciones constitucionales conforme al nuevo orden, específicamente, el caso *Trevett v. Weeden*, en la Suprema Corte de Rhode Island en 1786.[7]

Pero resulta instructivo ver que esta nueva aplicación del poder judicial no tuvo aceptación universal. Fue rechazada por varios miembros de la convención federal y varios jueces se refirieron a su inestabilidad durante las últimas dos décadas del siglo pasado. La sorpresa de la Legislatura de Rhode Island frente a la acción del tribunal en *Trevett v. Weeden* parece indicar que pensaban que el cambio de la dependencia colonial hacia la independencia había transformado al Congreso en un sustituto del Parlamento, con una omnipotencia similar.[8] Parece que en Vermont la doctrina establecida en el período era que el Poder Judicial no podía desestimar un acto legislativo, y la misma visión se sostuvo en Connecticut, tal como lo expresó Swift —quien luego se convertiría en presidente de la Suprema Corte de ese estado— en 1795. En el prefacio de *I D. Chipman's (Vermont) Reports*, 22 y siguientes, el sabio compilador, que escribía (en 1824) sobre el período de la Constitución de Vermont de 1777, manifestó: "No se sostenía que el Poder Judicial tuviera facultad alguna de analizar la constitucionalidad de los

---

[7] Informe del caso de Varnum (Providence, 1787); s. c. 2 Chandler's Crim. Trials, 269.

[8] Y lo mismo con el entusiasmo generado por la supuesta anulación de un acto legislativo en Nueva York en 1784, en el caso *Rutgers v. Waddington*. Edición de este caso por Dawson, "With an Historical Introduction" (Con una introducción histórica) (Morrisania, 1866), págs. xxiv y siguientes. En un "Address to the People of the State" (Discurso al pueblo del estado) emitido por el comité de una reunión pública de los "violentos Whigs", se declaró (pág. xxxiii): "el hecho de que deba existir una facultad correspondiente a los tribunales de justicia por medio de la cual se controle el poder legislativo supremo nos parece absurdo en sí mismo. Esas facultades en manos de los tribunales destruirían la libertad y eliminarían la seguridad de la propiedad". Por la referencia de este caso y de varios otros, estoy agradecido a un esclarecedor artículo sobre "The Relation of the Judiciary to the Constitution" (La relación del Poder Judicial con la Constitución) (19 Am. Law Rev. 175), del Dr. William M. Meigs, matriculado en el Colegio de Abogados de Filadelfia. Cita todos los primeros casos que se plantearon. Como remarca Meigs, el caso de Nueva York no parece referirse a la declaración de *inconstitucionalidad* de una ley.

actos del Congreso, de declararlos nulos por algún motivo o incluso de cuestionar su validez". En la página 25, en referencia al año 1785, agregó: "Mucho después del período al cual hemos aludido, la doctrina de que la Constitución es la ley suprema de la nación y de que los tribunales pueden anular […] leyes que sean contrarias a ella era considerada antirrepublicana". En 1814,[9] por primera vez, creo, encontramos un tribunal que declara que una ley de la Legislatura estadual es "nula por contradecir las Constituciones del estado y de los Estados Unidos, e incluso las leyes de la naturaleza". Cabe destacar que la doctrina por la que se declara la nulidad de ciertos actos legislativos por considerarlos contrarios a la Constitución probablemente haya surgido gracias a una teoría que encontró adeptos entre nuestros ancestros en la época de la Revolución, consistente en que los tribunales podían desestimar dichas leyes en caso de ser contrarias a las máximas fundamentales de la moral o, como se decía en ese entonces, de las leyes de la naturaleza. Se cree que dicha doctrina fue postulada por escritores ingleses e incluso por jueces, en algún momento, pero nunca se aplicó. Ha sido repetida aquí, como especulación, por nuestros primeros jueces y ocasionalmente por otros más recientes, pero no me consta que se la haya aplicado como único y necesario fundamento de una decisión —ni se la puede aplicar, a menos que tome la forma de una medida revolucionaria—.[10]

En "System of the Laws of Connecticut" (Sistema de las leyes de Connecticut), publicado en 1795,[11] el autor ataca con fuerza

---

9 *Dupuy v. Wickwire*, I D. Chipman, 237.

10 Este tema es objeto de un detenido análisis en la nota a Paxton's Case (1761), Quincy's Rep. 51, en relación con los *Writs of Assistance*, supuestamente confeccionados por el Dr. Horace Gray, actualmente juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Véase la nota en las páginas 520-530. James Otis manifestó en su alegato que "una ley del Parlamento contraria a la Constitución es nula" (Quincy, 56, n., 474). Se concluirá, luego de un examen pormenorizado, que los casos estadounidenses referidos a la nulidad de un acto legislativo, al ser contrarios a los principios de la moral o de gobierno — por ejemplo, en Quincy, 529, cita de *Bowman v. Middleton*, 1 Bay, 252 y en 1 Bryce, Am. Com., 431, n., 1.ª ed., cita de *Gardner v. Newburgh*, Johns. Ch. Rep. 162—, no requerirán dicha explicación.

11 Vol. i. págs. 50 y siguientes.

y argumentos la facultad del Poder Judicial de desconocer una norma legislativa, al tiempo que afirma que la opinión contraria "es muy popular y está muy extendida". Manifiesta: "Se estará de acuerdo en que es tan probable que el Poder Judicial declare la inconstitucionalidad de leyes que no son inconstitucionales como que el Congreso se exceda en sus atribuciones constitucionales". Pero admite que pueden darse casos tan monstruosos (por ejemplo, una ley que autorice a condenar por un delito sin pruebas o que asegure los escaños de los legisladores de por vida), "tan abiertamente inconstitucionales que parecería equivocado exigir que los jueces respetaran esa ley en sus fallos". En 1807 y 1808, la Legislatura de Ohio sometió a juicio político a jueces que habían fallado que leyes emanadas de ese órgano eran nulas.[12]

II. Cuando finalmente esta facultad del Poder Judicial quedó establecida y se agregó al resto de los baluartes de nuestras constituciones escritas, ¿cómo habría de concebirse este poder? Estrictamente como una facultad judicial. Las constituciones estaduales habían sido escrupulosas al dividir los poderes de gobierno en tres y, al dar a cada uno una facultad, les había prohibido a su vez, con curiosa explicitud, el ejercicio de facultades propias de otros poderes. En 1780, la Constitución de Massachusetts establecía que el Poder Legislativo:[13]

"No podrá ejercer jamás los poderes ejecutivo ni judicial; el Poder Ejecutivo no podrá ejercer los poderes legislativo ni judicial; el Poder Judicial no podrá ejercer los poderes legislativo ni ejecutivo; en suma, se tratará de un gobierno de leyes y no de hombres".

Con énfasis similar, en 1792, la Constitución de Kentucky[14] estableció:

---

[12] Cooley, Const. Lim., 6.ª ed., 193, n.; 1 *Chase's Statutes of Ohio,* prefacio, 38-40. Por la última referencia, debo agradecer al profesor Wambaugh.

[13] Parte I, art. 30.

[14] Art. I.

"Cada uno estará confiado a un órgano separado; es decir, los que pertenezcan al Poder Legislativo, los que pertenezcan al Poder Ejecutivo y los que pertenezcan al Poder Judicial. Ninguna persona o grupo de personas, que pertenezcan a dichos poderes, ejercerán facultades propias de los otros, con las excepciones que se admiten expresamente a continuación".

Por lo tanto, como la facultad en cuestión era meramente judicial, en primer lugar, había muchos casos en los que no era operativa. En el caso de actos puramente políticos y del ejercicio de la mera discrecionalidad, no importaba que los demás poderes violaran la Constitución, ya que el Poder Judicial no podía interferir; todo lo contrario: debían aceptar y ejecutar sus actos. Hace poco el juez Cooley expresó:[15]

"La impresión común es, sin dudas, que, en caso de legislación en la que se desestimen los límites de la autoridad constitucional, […] el Poder Judicial es totalmente competente para lograr una solución adecuada; que la ley deba de hecho ser nula y que cualquier ciudadano, así como el Poder Judicial mismo, pueda considerarla nula y negarse a obedecerla. Sin embargo, esto está lejos de ser así en los hechos".

Nuevamente, cuando la facultad del Poder Judicial sí tenía aplicación, este era su alcance total, es decir, determinar, a los meros efectos de fallar una cuestión presentada debidamente ante el tribunal, si un ejercicio de esa facultad objeto de controversia estaba prohibido por la Constitución. Al obrar así, el tribunal actuaría de manera tal de no privar a otro poder de sus facultades propias ni de limitarlas en función de su discrecionalidad. Estas cuestiones, una vez presentadas ante los tribunales para instar la acción de la justicia, no solo requieren un método particularmente amplio en su tratamiento, sino que específicamente requieren que los jueces acepten el rango vasto e indefinible de las facultades y decisiones legislativas, ese amplio margen de consideraciones referidas exclusivamente a criterios de orden práctico de un órgano legislativo. Dentro de

[15] Journal of the Michigan Pol. Sc. Association, vol. i. pág. 47.

ese margen, como en todas esas consideraciones legislativas, los legisladores constitucionales deben tener permitido cierto grado de libertad. En tanto las decisiones legislativas, libres de restricciones, pueden traducirse en una forma de acción u otra, los jueces no deben interferir, ya que la naturaleza de la cuestión planteada ante ellos es meramente judicial.

Asimismo, tal es la naturaleza de esta particular cuestión judicial que la determinación preliminar del Congreso es un hecho de gran importancia, ya que las constituciones expresamente confían al Poder Legislativo esta determinación; no pueden actuar sin llevarla a cabo. Además, las constituciones no solo encomiendan a las legislaturas una determinación preliminar de la cuestión, sino que contemplan que esta determinación puede ser la definitiva, ya que no garantizan revisión alguna de ella. Solo a medida que surjan litigios y que su trámite ponga sobre el tapete el tema de la constitucionalidad pueden emerger cuestiones para los tribunales de manera regular. Puede darse, entonces, el caso de que la decisión legislativa logre resultados en todo el país de una importancia fundamental antes de que surja o pueda decidirse una cuestión judicial, como en el caso de la primera y la segunda edición de la carta orgánica del Banco de los Estados Unidos y de las leyes sobre moneda de curso legal de hace treinta años y posteriores. La constitucionalidad de la carta orgánica de un banco dividió al gabinete de Washington tal como dividió a los partidos políticos durante más de una generación. Sin embargo, cuando se dictó la primera carta orgánica, en 1791, que estaría en vigor veinte años, no fue impugnada en sede judicial y fue renovada en 1816. Solo tres años después surgió la cuestión de su constitucionalidad ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Es particularmente importante observar que ese resultado no es excepcional o imprevisto; ha sido claramente previsto. Es al Congreso al que se otorga esta facultad, que no se limita solo a la aprobación de leyes, sino a la fijación de una interpretación de la Constitución que afectará profundamente a toda la nación, cambiará radicalmente e incluso revolucionará los asuntos más graves, excepto que un sujeto

decida por su propio interés llevar el asunto a los tribunales. Lo mismo puede decirse de la legislación sobre moneda de curso legal de 1863 y la posterior. Sería difícil pensar en una norma más importante, más íntimamente ligada a los intereses de cada miembro de nuestra población. Si bien ahora se la confirmó, su constitucionalidad fue rechazada en un primer momento por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Los tribunales locales estaban divididos y la opinión de los profesionales siempre ha estado dividida. Sin embargo, fue el Congreso el que determinó esta cuestión, no solo de forma primaria, sino de una vez y para siempre, salvo que algún sujeto considerara provechoso para su interés interponer una acción judicial.

Es claro que cuando se otorga una facultad tan trascendental como esta autoridad primaria para interpretar, las determinaciones efectivas del órgano al que se otorga esa facultad tienen derecho al correspondiente respeto; y esto no se basa en razones de cortesía o respeto convencional, sino en fundamentos muy sólidos y significativos de política y derecho. Los jueces bien pueden razonar que si han sido considerados por el pueblo como la protección principal ante las violaciones legislativas de la Constitución, no se les podría haber confiado este mero control incidental y posterior. Se les habría permitido, como se pretendió en algunas convenciones, una revisión de las leyes antes de que entraran en vigor.[16] El hecho de que la oportunidad

[16] La Constitución de Colombia, de 1886, en su art. 84 dispone que los jueces de la Corte Suprema pueden participar en los debates legislativos de "proyectos relacionados con asuntos civiles y el procedimiento judicial". Y, en el caso de los proyectos de ley objetados por "el Gobierno" por considerarlos inconstitucionales, si el Congreso insiste en el proyecto, en contra del veto del Gobierno, se presentará a la Corte Suprema, que decidirá en última instancia sobre esta cuestión. Artículos 90 y 150.

Siempre pensamos que el Poder Judicial tiene facultades de revisar los actos del resto de los poderes, lo que nos garantiza una protección ante la opresión y la ruina. Pero es de destacar lo poco que esto importó en los debates. Las principales protecciones eran un sufragio amplio, cargos cortos, un Poder Legislativo con dos cámaras y el llamado veto del Poder Ejecutivo. En general, existía un gran rechazo a otorgar al Poder Judicial facultad alguna en la aprobación de legislación. Sin embargo, en Nueva York, la Constitución de 1777 estableció un Consejo de Revisión —del que formaban parte varios jueces— a quienes se presentarían todos los actos legislativos antes de que entraran en vigor, previo a lo cual se requería de

de los jueces de controlar y corregir leyes inconstitucionales sea tan limitada puede ayudarnos a entender por qué su control, cuando tienen la oportunidad de ejercerlo, debe ser de tan limitado alcance.

En ese entonces, era francamente indiscutible, además de previsible, que una gran parte de lo que es dañoso e inconstitucional puede entrar en vigor sin que los tribunales lo puedan evitar, dado que su poder es esencialmente judicial. Su intervención era solo una de las diferentes garantías y su alcance era acotado.

Muchas veces se reconoce, sin cortapisas, el rigor de esta limitación sobre la acción judicial, aunque de un modo perverso que en realidad opera para ampliar la función judicial más allá de sus justos límites. Suelen decirnos que el deber de

---

su aprobación. Este mecanismo existió durante más de cuarenta años, lo que dio lugar en la Constitución de 1821 al recurso ordinario de requerir la mera aprobación del Poder Ejecutivo o, en caso de que este la rechazara, de volver a aprobar la ley, tal vez mediante un voto con mayoría agravada, por ambas cámaras del Poder Legislativo. En Pensilvania (Constitución de 1776, art. 47) y en Vermont (Constitución de 1777, art. 44) se instituyó un Consejo de Censores que, elegidos cada siete años, investigarían la conducción de los asuntos y llamarían la atención, entre otras cosas, sobre todas las violaciones de la Constitución por alguno de los poderes del Estado. En Pensilvania, este arreglo duró solo entre 1776 y 1790; en Vermont, entre 1777 y 1870. Al elaborar la Constitución de los Estados Unidos, varios de esos recursos y otros fueron instados y, a veces, adoptados; por ejemplo, en el caso de Nueva York. En diferentes oportunidades se propuso que el gobierno pudiera rechazar toda la legislación de los estados; que los gobernadores de los estados fueran designados por los Estados Unidos y pudieran rechazar la legislación estadual; que se designara un Consejo Asesor para el presidente, compuesto en parte por jueces, y que el presidente y las dos cámaras del Congreso pudieran solicitar la opinión de la Corte Suprema. Finalmente, la convención rechazó estas propuestas, se pronunció respecto de los recursos comunes de las dos cámaras legislativas, que representarían un control mutuo entre ellas, y de la revisión ejecutiva y el veto, calificado por la facultad legislativa de reconsideración y aprobación con mayoría de dos tercios; sobre la base de estas consideraciones y de que la Constitución, las leyes constitucionales y los tratados serían la ley suprema del país y obligarían a los jueces de los diferentes estados. Esta disposición, como lo indican sus palabras, fue insertada pensando en asegurar la autoridad del gobierno general frente a los estados, es decir, como característica esencial de cualquier sistema federal y no en referencia directa al resto de los poderes de los Estados Unidos. Su primera postulación fue que "las leyes de los Estados Unidos y los tratados son la ley suprema de los respectivos estados y obligan a los jueces de los estados por sobre sus propias leyes".

los tribunales consiste simplemente en interpretar dos escritos y compararlos, como en el caso de dos contratos o dos leyes que se interpretan y comparan cuando se alega un conflicto; también, que consiste en declarar el verdadero significado de cada uno de ellos y, en caso de que se opongan, de hacer valer la Constitución como una obligación de rango superior. Esta es una tarea judicial ordinaria y humilde, como suelen decir los mismos tribunales. Este enfoque lleva fácilmente a una errónea desestimación de las consideraciones legislativas: no solo conduce a que se les niegue operación directa como fundamento de una sentencia, sino, lisa y llanamente, a que no se las tome en cuenta. En vez de tomárselas en cuenta y permitírseles fungir de posibles fundamentos para la acción legislativa, hay un tratamiento pedante y académico de los textos de la Constitución y de las leyes. Y, de este modo, nos vemos privados de la combinación entre el rigor de un abogado y la amplitud de miras de un estadista que debería encontrarse al lidiar con este tipo de cuestiones en el derecho constitucional. De este método mezquino tenemos muchas muestras; se encuentra con mucha facilidad en los volúmenes de nuestros repertorios actuales.

Sin embargo, para evitar caer en estos métodos estrechos y lineales, para evitar que los tribunales se olviden de que, como dijo Marshall, "estamos hablando de una Constitución", estos preceptos literales sobre la naturaleza de la tarea judicial han estado acompañados por una regla de administración que ha tendido, en manos idóneas, a dar a los asuntos un cariz muy diferente.

III. Observemos el curso que han seguido los tribunales al ejercer esta interesante facultad jurisdiccional.

Comenzaron basándose en el simple argumento de que el Poder Legislativo solo tenía una autoridad delegada y limitada conforme a las constituciones y que estos límites, para ser operativos, debían considerarse normas de derecho, lo que implicaría que debían ser interpretados y aplicados por los tribunales. Esto se propuso como algo normal. El razonamiento era simple y de corte restrictivo. Tal fue el método de Hamilton en

el Federalista, en 1788,[17] al referirse a la Constitución federal, pero con fundamentos aplicables —desde su punto de vista— a todas las demás constituciones. En 1787, la Suprema Corte de Carolina del Norte estableció que ninguna ley emanada del Poder Legislativo podía alterar la Constitución[18] y que los jueces estaban obligados por la Constitución al igual que por cualquier otra ley; asimismo, toda ley contraria a la Constitución debía considerarse derogada. Wilson, en sus Lecciones de Filadelfia en 1790-1791,[19] expresó que la Constitución era la ley suprema y que los jueces debían interpretarla y aplicarla. La legislación subordinada debía ceder ante la Constitución, y el hecho de que un poder del Estado infringiera la Constitución no justificaba que otro poder fuera cómplice de ello. En 1793, en Virginia, los jueces manifestaron que los tribunales simplemente debían tener en consideración el derecho todo, incluida la Constitución: solo debían exponer el derecho y aplicar la parte de él que fuera fundamental.[20] Patterson, uno de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1795, en el circuito de Pensilvania,[21] manifestó que la Constitución es la licencia del Poder Legislativo; si sus leyes no concuerdan con ella, carecen de toda autoridad. En 1796, en Carolina del Sur,[22] el asunto fue tratado por el tribunal como una mera cuestión de adecuación con la ley principal. Y ese fue, en 1802, el razonamiento del Tribunal General de Maryland.[23] Finalmente, en 1803 llegó *Marbury v. Madison*,[24] con la misma línea argumental. El pueblo, se afirmaba, estableció límites escritos al Poder Legislativo; esos

---

[17] N.º 78, publicado por primera vez el 28 de mayo de 1788. Véase la edición de Lodge, págs. xxxvi y xliv.

[18] *Den d. Bayard v. Singleton,* I Martin, 42.

[19] Vol. i. pág. 460.

[20] *Kemper v. Hawkins,* Va. Cas. 20.

[21] *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 2 Dall. 304.

[22] *Lindsay v. Com'rs*, 2 Bay, 38.

[23] *Whittington v. Polk*, 1 H. & J. 236.

[24] I Cranch, 137.

límites se aplican a todos los actos legislativos viciados que, por serlo, no son derecho. Esta teoría está esencialmente ligada a la existencia de una constitución escrita. Corresponde al Poder Judicial decir qué es el derecho y, en caso de conflicto entre dos leyes, cuál debe imperar. En suma, el Poder Judicial debe declarar nulas las leyes contrarias a la Constitución; caso contrario, este instrumento carece de sentido. Después se agregó que esta facultad está expresamente otorgada en la Constitución federal.

La rigurosidad de estas observaciones es innegable. Tal como estaba presentado el asunto, las conclusiones fueron necesarias. Sin embargo, parte de esta argumentación omitió las notables peculiaridades del caso; se desenvolvió como si la Constitución se tratara de una carta poder del derecho privado y como si el deber del tribunal fuera similar a cualquiera de sus operaciones más comunes.

Pero estos simples preceptos se vieron complementados por una importante regla de administración que corrigió la operación de esos preceptos y trajo a colación importantes consideraciones que no habían sido advertidas en el razonamiento mencionado. En 1811,[25] Tilghman, presidente del Tribunal de Pensilvania, al reafirmar la facultad de los tribunales de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero rechazando su ejercicio en un caso en particular, expresó esta regla de la siguiente manera:

"Por razones de peso, se ha aceptado como principio en materia de interpretación constitucional por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de este tribunal y de cualquier otro tribunal prestigioso del país, que una ley del Poder Legislativo no se declarará nula a menos que la violación del texto constitucional sea tan manifiesta que no quede margen para una duda razonable".

¿Cuándo surgió esta regla de administración? Muy temprano. Observamos que hay referencias de que se hallaba plenamente establecida en 1811. En la consideración judicial más antigua que

[25] *Com. v. Smith*, 4 Bin. 117.

se conoce sobre las facultades de los tribunales en la materia y de la que se conservan registros —una discusión incidental que se dio en Virginia en 1782—,[26] si bien la facultad general del tribunal aparece declarada por otros jueces con énfasis histriónico, Pendleton, presidente del tribunal, al negarse a expedirse sobre el tema, adelantó las razones de esta regla, al expresar lo siguiente:

"¿En qué medida este tribunal, en cuyo seno podría decirse que están concentradas las facultades jurisdiccionales, tendrá poder para declarar la nulidad de una ley aprobada conforme a los procesos previstos por el Poder Legislativo, sin ejercer las facultades propias de ese poder, en contra de los claros términos de la Constitución? Esta es una pregunta profunda, importante y —agregaría— de enorme trascendencia, cuya respuesta implicaría consecuencias respecto de las cuales los caballeros […] no han expresado sus ideas".

Agregó que no era la oportunidad de considerar el tema. En 1793, cuando el Tribunal General de Virginia declaró la inconstitucionalidad de una ley, el juez Tyler remarcó:[27]

"Pero la violación debe ser directa y clara; de lo contrario, existe el peligro de que el Poder Judicial impida la operatividad de leyes que podrían producir un gran beneficio público".

En la convención federal de 1787, si bien se reconoció la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, también se admitió la existencia de límites a dicha facultad. En un intento por que los jueces revisaran todos los actos legislativos antes de que entraran en vigor, Wilson destacó que las leyes podrían ser peligrosas y destructivas o "tan inconstitucionales que se justificaría que los jueces rechazaran su entrada en vigor". En 1796, el juez Chase, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, afirmó, sin determinar si un tribunal puede declarar la nulidad de una ley del Congreso: "soy libre de declarar que nunca ejerceré dicha facultad a menos que se trate de un caso muy claro". Y en 1800,

---

[26] *Com. v. Call*, 4 Call, 5.

[27] *Kemper v. Hawkins,* Va. Cases, pág. 60.

en el mismo tribunal, en relación con una ley de Georgia, el juez Patterson, que ya había declarado la invalidez de una ley de Pensilvania como juez de circuito en 1795, expresó que para justificar la declaración de nulidad de una ley por parte de un tribunal, debía existir "una violación clara e inequívoca de la Constitución, no una insinuación dudosa y discutible".

En 1808, en Georgia, se trató el tema con vigor, en un pasaje citado por otros tribunales con aprobación. Al sostener la constitucionalidad de una ley, el juez Charlton, que redactó el voto del tribunal, reafirmó esta facultad en tanto la consideró inseparable de la organización del Poder Judicial. Pero luego se preguntó por el modo en que debía ejercerse dicha facultad:

"Al decidir sobre la operatividad constitucional de una ley, no debe recurrirse a dudas sutiles, a una exposición crítica de palabras, ni a reglas abstractas de interpretación, que son métodos aceptables en una disputa entre particulares. La violación de un derecho constitucional debe ser tan evidente como la comprensión de una verdad axiomática, como que las partes son iguales al todo. Procuraré ilustrar este concepto del siguiente modo: la primera sección del artículo segundo de la Constitución establece que la función ejecutiva corresponde al gobernador. Entonces, si el Poder Legislativo cediera el poder ejecutivo a una comisión permanente de la Cámara de Representantes, todos percibirían instantáneamente la inconstitucionalidad de la ley. Sin dudas, el Poder Judicial estaría autorizado a declarar la inconstitucionalidad de esa ley. Pero cuando existen dudas respecto de si el Poder Legislativo violó la Constitución, debe evitarse un conflicto, ya que existe la posibilidad de que la Constitución habilite al Poder Legislativo".

En Carolina del Sur, en 1812, el juez Waties, que siempre se distinguió por sostener la facultad del Poder Judicial de hacer caso omiso de las leyes inconstitucionales, repitió y reafirmó con solidez su posición:

"Tengo tanta noción del peso de este deber que, en caso de que una violación constitucional fuera manifiesta, no solo declararía la nulidad de esa ley, sino que pensaría que presté

un servicio más importante para mi país que al llevar adelante las tareas cotidianas de mi despacho durante muchos años. […] Pero, si bien reconozco esta facultad e insisto en su gran valor para el país, soy también consciente de la alta deferencia que se le debe a la autoridad legislativa. Esta autoridad es suprema en todos los casos en que no sea limitada por la Constitución, y, como es deber de los legisladores y de los jueces consultar la Carta Magna y conformar sus actos a ella, también debe presumirse que sus actos se adecuan a las disposiciones constitucionales a menos que lo contrario sea evidente. Esta confianza es necesaria para asegurar la debida obediencia a su autoridad. Si esto fuera puesto en tela de juicio con frecuencia, tendería a disminuir la veneración por las leyes que resulta esencial a los efectos de la seguridad y la felicidad de todos. Por ende, no estoy dispuesto a analizar con precisión escrupulosa la validez de una ley. Sería poco prudente. La interferencia del Poder Judicial en los actos legislativos —en caso de ser habitual y sobre la base de motivos dudosos— podría ocasionar una gran envidia hacia este poder y un perjuicio general que llevarían a la toma de medidas que derivarían en la pulverización de la independencia de los jueces y, por ende, del mejor mecanismo que existe para preservar la Constitución. La validez de una ley no debería cuestionarse a menos que sea tan manifiestamente violatoria de la Constitución que, al ser declarada por los jueces, toda persona razonable de la comunidad pueda percibir dicha violación. Mediante un ejercicio cuidadoso de esta facultad de control judicial, no se generará envidia alguna, se promoverá la confianza pública y sus efectos saludables se apreciarán en su justa medida".[28]

---

[28] Esta conocida regla fue establecida por Cooley (Const. Lim., 6.ª ed., 216) y defendida en enérgicas declaraciones judiciales y en una larga lista de citas provenientes de todo el país. En *Ogden v. Saunders,* 12 Wheat. 213 (1827), el juez Washington, luego de remarcar que la pregunta era dudosa, expresó: "Si pudiera basar mi opinión en favor de la constitucionalidad de la ley […] solo en esta duda, sentida y reconocida, eso solo —desde mi punto de vista— sería una defensa satisfactoria de ella. Presumir la validez de una ley hasta que se pruebe que viola la Constitución más allá de una duda razonable representa un respeto debido […] al órgano legislativo que dicta las leyes. Tal ha sido siempre el criterio de este tribunal ante

IV. Acumulé estas citas, llegando hasta sus orígenes, para que quede claro que la regla en cuestión es algo más que una mera

---

este asunto y sé que expresa la opinión sincera de todos y cada uno de los miembros de este órgano". En los *Sinking Fund Cases,* 99 U. S. 700 (1878), el juez Waite, que redactó el voto del tribunal, expresó: "Esta declaración [de que una ley del Congreso es inconstitucional] no debería hacerse nunca, excepto en un caso claro. Las leyes se presumen válidas desde todo punto de vista hasta que se demuestre lo contrario más allá de una duda razonable. Un poder del Estado no puede invadir las competencias de otro sin correr serios riesgos: la seguridad de nuestras instituciones depende en gran medida del riguroso cumplimiento de esta saludable regla". En *Wellington et al., Petitioners,* 16 Pick. 87 (1834), el juez Shaw, que redactó el voto del tribunal, destacó que correspondía "repetir lo que tanto han sugerido los tribunales de justicia de que, cuando se les solicite la declaración de invalidez de una ley, nunca lo harán a menos que la nulidad o la invalidez de la ley se encuentre demostrada —a su juicio— más allá de una duda razonable". En *Com. v. Five Cents Sav. Bk.,* 5 Allen, 428 (1862), el juez Bigelow, presidente del tribunal, que redactó el voto de dicho órgano, manifestó: "Corresponde citar la regla afianzada por este tribunal de que las leyes aprobadas conforme a todas las formalidades y solemnidades requeridas para que tengan efecto como tales gozan de la presunción de validez en su favor; por ende, los tribunales no pueden declarar […] su invalidez a menos que esta se demuestre más allá de toda duda razonable". Y finaliza con el corolario de esta regla establecida. En *Ex parte M'Collum*, 1 Cow. pág. 564 (1823), el juez Cowen (que redactó el voto del tribunal) explicó: "Para que un tribunal considere obligatorio declarar la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, debe presentarse un caso en el que no pueda haber una duda razonable". En *The People v. The Supervisors of Orange,* 17 N. Y. 235 (1858), el juez Harris (que redactó el voto del tribunal) expresó: "No se puede declarar la nulidad de una ley por un mero conflicto interpretativo entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Antes de declararse la nulidad, mediante sentencia judicial, de un producto del poder legisferante, debe surgir claramente que la ley no encuentra apoyo en un objetivo razonable o en una presunción admisible". En *Perry v. Keene,* 56 N. H. 514, 534 (1876), el juez Ladd (con la adhesión del resto de los miembros del tribunal) escribió: "Ciertamente el tribunal no debe amilanarse ante el cumplimiento de un deber constitucional, pero, al mismo tiempo, no le corresponde al Poder Judicial sentar un precedente de invasión de las competencias de los otros poderes. Hoy es una regla elemental en los estados de la Unión decir que antes de que podamos declarar la inconstitucionalidad de una ley, debemos estar totalmente convencidos —más allá de una duda razonable— de que el objetivo por el que se autoriza el impuesto es privado y no público". En *The Cincinnati, etc., Railroad Company,* 1 Oh. St. 77 (1852), el juez Ranney (que redactó el voto del tribunal) dijo: "Si bien el derecho y el deber de interferencia en un caso concreto están claros, los principios por los que un tribunal debería guiarse en un análisis de ese tipo también son igual de claros, tanto desde el punto de vista del principio rector como del de la autoridad. […] El Poder Judicial solo puede negar la operatividad de una ley cuando hay una diáfana suposición de autoridad y una clara incompatibilidad entre la Constitución y la ley. Nunca se puede permitir tal interferencia en un caso dudoso. Esto es una consecuencia de la naturaleza misma de la cuestión en análisis. En los casos decididos se puede ver una línea argumental uniforme a este respecto. […] En los tribunales estaduales también se encuentra una misma cadena ininterrumpida

cuestión lingüística, una mera expresión de cortesía y deferencia. Implica mucho más. Los tribunales percibieron con mayor o menor claridad que este ejercicio de la función judicial va, en verdad, mucho más allá de los asuntos cotidianos que los jueces suelen describir. Si su deber en realidad consistiera mera y simplemente en determinar el significado del texto constitucional y de la ley atacada, a fin de establecer —como una cuestión académica— si, en opinión del tribunal, están en conflicto, sin dudas se trataría de un asunto elevado e importante, que implicaría importantes consideraciones públicas, pero, aun así, sería una función mucho más simple de lo que en realidad es. Dicho esto, aún queda por responder la pregunta trascendental: si, a pesar de todo, el tribunal puede desestimar la ley. No lo puede hacer como un mero trámite habitual, simplemente porque se concluya que, según una interpretación justa y fiel, la ley es inconstitucional. Este es específicamente el significado de la regla de adjudicación que establecen los tribunales. Solo pueden desestimar la ley cuando advierten que los legisladores no cometieron un mero error sino uno muy claro que no puede ser puesto en duda de manera racional. Este es el estándar que aplican los tribunales respecto de los actos legislativos, es decir, el criterio que aplican: no solo su consideración respecto de la constitucionalidad, sino su conclusión de qué se le permite a otro poder del Estado que, conforme a la Constitución, tiene la facultad de dictar las leyes. Esta regla reconoce que, teniendo en cuenta las exigencias importantes, complejas y siempre

---

de sentencias en el mismo sentido". En *Syndics of Brooks v. Weyman,* 3 Martin (La.), 9, 12 (1813), el tribunal estableció: "Nos reservamos la facultad de declarar la nulidad de toda ley que sea abiertamente violatoria de la Constitución, lo que debe surgir de manera manifiesta, sin lugar a dudas" (citado con aprobación en *Johnson v. Duncan,* Ib. 539). En *Cotton v. The County Commissioners,* 6 Fla. 610 (1856), el juez Dupont (que redactó el voto del tribunal), manifestó: "Es una facultad de la mayor trascendencia e importancia; no puede ejercerse a la ligera, ni en aquellos casos en que no pueda determinarse de manera certera e indubitable que el Poder Legislativo se excedió en sus facultades. En caso de que el tribunal tuviera alguna duda razonable, la presunción es en favor de la ley […]. Se pueden citar muchísimos fallos de los tribunales estaduales en respaldo de esta posición. […] En caso de que exista alguno que constituya una excepción a la doctrina general, podemos asegurar que no lo hemos encontrado".

crecientes del Gobierno, muchas parecerán inconstitucionales para un hombre o grupo de hombres, pero tal vez no para otros; que la Constitución admite diferentes interpretaciones; que hay una variedad de opciones y opiniones; que en dichos casos, la Constitución no impone al Poder Legislativo opinión alguna, sino que deja abierto este abanico de opciones; y que cualquier opción racional es constitucional. Este es el principio que confirma y respalda la regla que desarrollé. Su significado y efectos quedan insinuados, de manera clara y concisa, por un comentario del juez Cooley,[29] en relación con que un miembro del Poder Legislativo puede votar contra una medida que, en su opinión, sea inconstitucional y, luego, si esa persona se convierte en juez y la medida que fue aprobada a pesar de su oposición llega a él por la vía judicial, puede tener que aceptar como su deber el declararla constitucional, a pesar de no haber cambiado un ápice su opinión.

Puede que alguien piense que estoy siendo sobreabundante sobre este tema y hurgando mucho en la forma de una frase. No creo que sea así. Soy consciente del peligro que dicha conducta entrañaría. Pero independientemente de lo que se pueda decir de casos específicos de textos judiciales descuidados o indecisos, no me parece posible explicar de manera liviana las tempranas, constantes y enérgicas declaraciones sobre este asunto. Su forma es tan conocida por los tribunales y tiene un significado tan claramente definido, adoptado con un acuerdo tan amplio y remarcado con tanta energía que no podemos permitirnos pensar en ella como un mero lugar común transmitido de manera cortés y sin complicaciones. Se ha tenido que sostener ante las negaciones y las controversias. Por cierto, el juez Gibson la cuestionó en 1825, al rechazar el poder general de declarar inconstitucional una ley.[30] Si existe tal facultad, insistió (en la página 352), los derechos de las partes "dependerían, no de la significatividad de la supuesta discrepancia con la Constitución,

[29] Const. Lim., 6.ª ed., 68; citada con aprobación por Bryce, Am. Com., 1.ª ed., i. 431.

[30] *Eakin v. Raub,* 12 S. & R. 330.

sino de la existencia misma de una discrepancia". Pero la mayoría del tribunal reafirmó la facultad, y las limitaciones a ella, con el mismo énfasis. Esta regla también fue rechazada en 1817 por Jeremiah Mason, uno de los líderes del Colegio de Abogados de Nueva Inglaterra, en su alegato del caso del Dartmouth College, en su instancia anterior, en Nuevo Hampshire.[31] Esto fue, en resumen, lo que dijo: "Aún prevalece una opinión errada por la cual los tribunales […] deberían actuar […] con precauciones mayores a las ordinarias, […] que no deberían declarar inconstitucionales las leyes del Congreso a menos que lleguen a esa conclusión con una certeza absoluta […] y con argumentos tan manifiestos y evidentes que nadie pueda dudar". Admitió que los tribunales deben tratar al Poder Legislativo "con mucho decoro, […] pero […] la decisión final, como en otros casos, debe basarse en los dictados de la imparcialidad según su entendimiento". Arguyó que las leyes requieren, para su aprobación, al menos una mayoría en el Congreso y que los argumentos contra la validez de la ley no pueden, por lo general, ser tan claros como para no dejar algún margen de duda. Por ende, la regla lleva a que el tribunal renuncie a su jurisdicción. "La experiencia muestra que los órganos legislativos tienen la costumbre de ejercer su poder con la mayor extensión posible". Si los tribunales retroceden, cada vez que haya un posible margen de duda, el Congreso absorberá todo el poder. Esta era su posición, pero, no obstante, la Suprema Corte de Nuevo Hampshire estableció que ella no podía actuar sin "una convicción clara y sólida" y, en la instancia de apelación, en 1819, Marshall, en su celebrado voto de Washington, redactado en nombre del tribunal, expresó "que en ningún caso dudoso declararía que una ley es contraria a la Constitución".

Nuevamente, cuando el gran caso *Charles River Bridge*[32] tramitó ante los tribunales de Massachusetts, en 1829, Daniel Webster, alegando —junto con Lemuel Shaw— en favor del actor,

---

[31] *Farrar's Rep. Dart. Coll. Case,* 36.

[32] 7 Pick. 344.

rechazó la existencia o la corrección de esta regla. En la página 442, afirmó que todos los casos de esa naturaleza implican algún tipo de duda; no puede imaginarse que el Congreso apruebe leyes que sean abiertamente inconstitucionales. El argumento adecuado es que el tribunal intervendrá cuando se advierta que un caso que parece dudoso es, en verdad, un caso de clara colisión con la Constitución. Agregó, además: "los miembros del Congreso muchas veces votan una ley sobre cuya constitucionalidad dudan, teniendo en cuenta que esa cuestión puede ser dirimida por los jueces". Esta ley se aprobó en la Cámara de Representantes con una mayoría de cinco o seis.

"Podríamos demostrar, si correspondiera, que más de seis legisladores votaron en favor de la ley porque su inconstitucionalidad era dudosa, dejando la determinación final en manos de este tribunal. Si el Congreso aprueba una ley porque su inconstitucionalidad es dudosa y el juez confirma su validez porque su inconstitucionalidad es dudosa, me temo que los ciudadanos están en un aprieto. El Congreso la aprobó de manera condicional; si la cuestión no se decide aquí, no hay nadie que asuma la responsabilidad. […] Corresponde a los jueces estadounidenses decidir las cuestiones constitucionales. […] Los tribunales de justicia son los únicos adecuados para la investigación de complejas cuestiones de derechos de los particulares".

Pero el tribunal no cedió ante este ingenioso intento de convertirlo en un panel de resolución de acertijos legislativos. En vez de desviarse de la línea de su deber a los efectos de corregir los errores del Congreso, el tribunal sostuvo que el Poder Legislativo tiene sus propios deberes y su propia responsabilidad. En su voto, el juez Wilde expresó: "Dicha declaración solo debe hacerse cuando el caso es claro y evidente para toda mente inteligente. Debemos suponer que el Congreso cumplió con su deber y debemos respetar sus derechos y facultades constitucionales". Cinco años después, Lemuel Shaw, que se desempeñó como letrado asociado de Webster en el caso mencionado —y que ahora es presidente de la Suprema Corte de

Massachusetts—, reiteró con mucho énfasis, en un caso[33] en el que Jeremiah Mason era uno de los abogados, "lo que han sugerido en diferentes oportunidades los tribunales de justicia: que […] los tribunales […] nunca declararán la nulidad de una ley a menos que la nulidad y la invalidez se demuestren más allá de una duda razonable".

Una regla atacada con argumentos tan fuertes y mantenida tan explícitamente debe tratarse como si hubiera sido pensada deliberadamente, tanto desde el punto de vista del fondo como de la forma. Respecto de su forma, llama más la atención porque marca un criterio conocido e importante, de aplicación cotidiana en nuestros tribunales, en situaciones en las que deben armonizarse los derechos, las acciones y la autoridad de los diferentes poderes, diferentes funcionarios y diferentes individuos. Puede agregarse que se trata de una distinción y una prueba que cobran cada vez más relevancia a medida que se complejiza y refina nuestra jurisprudencia. En una de sus aplicaciones, como todos sabemos, se utiliza constantemente en el derecho penal en materia de defensa propia, y en el derecho civil en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en temas de culpa: al responder la pregunta de qué habría supuesto razonablemente como verdadero una persona que tiene el derecho y tal vez el deber de actuar en determinadas circunstancias. Es el criterio establecido para resolver la difícil cuestión de la responsabilidad de un soldado conforme al derecho patrio común cuando actuó conforme a las órdenes de su superior militar. Dicey, en su "Law of the Constitution" (Derecho de la Constitución),[34] explica que "el soldado podría haber sido fusilado por una corte marcial en caso de que desobedeciera una orden y podría haber sido condenado a la horca por un juez y un jurado si la obedecía". Continuó, citando con aprobación uno de los libros del juez Stephen, "Probablemente […], se terminaría decidiendo que la orden de un superior militar

[33] Wellington, Perr., 16 Pick, 87.

[34] 3.ª ed., 279-281.

justificaría a sus subordinados al ejecutar órdenes respecto de las cuales podían suponer, con cierto grado de certeza, que su superior tenía buenas razones para impartirlas. […] La única línea que se presenta en mi pensamiento es que un soldado debe ser protegido por órdenes respecto de las cuales pueda creer razonablemente que su superior tenía buenas razones".[35] Esta es la distinción advertida por Lord Blackburn en un precedente moderno del derecho de la difamación".[36] Dijo: "Cuando el tribunal decide si un determinado conjunto de palabras […] es o no es difamatorio, los jueces tienen que tomar una decisión sobre una cuestión totalmente diferente de la que tienen que resolver al determinar si otro tribunal […] no sostendría irrazonablemente que dichas palabras son difamatorias". Es la misma discriminación sobre la base de la cual todos los días se revisan los veredictos de los jurados en los tribunales, como en el famoso caso en el que Lord Esher la aplicó hace unos años, al negarse a revocar un veredicto.[37] Afirmó que "debe parecer que personas razonables no podrían arribar a la conclusión del jurado. […] De hecho, se ha dicho que la diferencia entre [esta] regla y la pregunta de si los jueces habrían decidido de la misma manera que el jurado es evanescente y que la solución en ambos casos depende de la opinión de los jueces. La última parte de la observación es verdadera, pero el modo en que se aborda el asunto marca la mayor diferencia. Preguntarse si habríamos llegado al mismo veredicto definitivamente no es lo mismo que preguntarse si hay posibilidad de una razonable diferencia de opinión". Del mismo modo, en relación con la actividad legislativa, suele plantearse una cuestión última —que fue resuelta en favor de los jueces en un reciente caso de gran

---

[35] Así se sostuvo en *Riggs v. State,* 3 Cold. 85 (Term., 1866) y en *United States v. Clark,* 31 Fed. Rep. 710 (U. S. Circ. Ct., E. Dist. Michigan, 1887, juez Brown). Estoy en deuda por estos casos con la valiosa colección de *Cases on Criminal Law* (Casos de Derecho Penal) (Cambridge, 1893) del profesor Beale. La misma doctrina fue establecida por el juez Hare en 2 Hare, Am. Const. Law, 920.

[36] *Cap. & Counties Bank v. Henty,* 7 App. Cas, pág. 776.

[37] *Belt v. Lawes,* Thayer's Cas. Ev. 177, n.

trascendencia en la Corte Suprema de los Estados Unidos—:[38] la de la razonabilidad del ejercicio por el Congreso de sus facultades más indudables, la del límite admisible de esas facultades. Si un Congreso se compromete a ejercer la potestad tributaria, la facultad de dominio eminente o alguna de las atribuciones propias de ese campo residual vasto y no clasificado de la facultad legisferante que se llama —no siempre atinadamente— poder de policía, esta acción no puede degenerar en un exceso irracional, para convertirse, en la realidad, en algo diferente y prohibido, como por ejemplo, la privación de la propiedad sin un debido proceso; y dicha determinación está en cabeza de los jueces.[39] Sin embargo, debe recordarse que, en esos casos, la cuestión judicial siempre es secundaria. El Poder Legislativo, al decidir qué se debe hacer o qué es razonable hacer, no divide su deber con el de los jueces, ni debe adecuarlo a la concepción que tengan los tribunales de lo que es legislación prudente o razonable. La función judicial consiste meramente en fijar el límite externo de la acción legislativa razonable, la frontera que no pueden traspasar el poder tributario, el del dominio eminente y el poder legisferante en general sin violar las prohibiciones de la Constitución ni cruzar la línea de las disposiciones por las que esta otorga derechos.[40] De hecho, debe

---

[38] *Chic. & c. Ry. Co. v. Minnesota,* 134 U. S. 418. La cuestión bajo análisis era la constitucionalidad de una ley que creaba una comisión regulatoria de las tarifas de trenes y que privaba a las partes del acceso a los tribunales para una revisión judicial final del actuar de la comisión.

[39] Compárese con *Law and Fact in Jury Trials,* 4 Harv. Law Rev. 167, 168.

[40] Suele haber una falta de discriminación en las expresiones judiciales sobre esta materia, como si se supusiera que el Congreso debería adecuarse a la opinión de razonabilidad del juez de una manera diferente de la indicada arriba. El juez Cooley, en sus *Principles of Const. Law* (Principios de Derecho Constitucional), 2.ª ed., 57, menciona la verdadera visión, cuando dice lo siguiente en referencia a una cuestión en particular: "En primer lugar, la determinación de qué es fin público corresponde al Congreso y su proceder no está sujeto a revisión o límites en tanto no sea claramente engañoso. Todos los casos de duda deben resolverse en favor de la validez de la acción legislativa, por la razón obvia de que el asunto es legislativo y solo se transforma en judicial cuando hay un manifiesto exceso de autoridad legisferante. Los tribunales solo pueden suspender el proceso y declarar la nulidad del embargo cuando la

tenerse especialmente presente, al aplicarse en la esfera judicial este criterio acerca de qué podría pensar razonablemente un Congreso, que siempre han de atribuirse a dicho órgano virtud, buen sentido y conocimiento cabal. Los asuntos públicos siempre deben llevarse adelante sobre la base de convenciones y presunciones de ese tipo. El juez Gibson afirmó: "Es un postulado en la teoría de nuestro gobierno […] que las personas son inteligentes, virtuosas y capaces para manejar sus propios asuntos".[41] El juez Marshall expresó:[42] "sería extremadamente indecente, en un contrato entre dos particulares, inquirir respecto de la corrupción del poder soberano de un Estado". Por lo tanto, en la revisión judicial de los actos legislativos, así como de los actos de un jurado, el tribunal siempre presumirá que está frente a un órgano debidamente instruido; y la pregunta no es solo qué harían racionalmente las personas que vemos en nuestros órganos legislativos, personas que pueden ser ignorantes, rebeldes, desconsideradas, insensatas, incompetentes, sino qué pueden hacer las personas capaces, bien instruidas, sagaces, atentas, interesadas solo en el bien público, idóneas para representar a un pueblo soberano, tal como nuestra teoría de gobierno presume que son las encargadas de nuestros asuntos públicos; qué pueden pensar o hacer razonablemente esas personas, cuál es la visión de lo permitido para ellas. En caso de que, por ejemplo, se presentara ante el tribunal una cuestión sobre la constitucionalidad de una ley que se tacha de ser *ex*

---

ausencia de interés público en el propósito para el que se recaudan los fondos es tan clara y palpable que cualquier persona puede percibirla inmediatamente". En un asunto distinto, ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, expresó el juez Waite, C., en *Terry v. Anderson,* 95 U. S. pág. 633: "En todos esos casos, la cuestión se refiere a la razonabilidad y, por ende, solo tenemos que considerar si este plazo de prescripción es razonable teniendo en cuenta las circunstancias. Sobre eso, el principal juez es el Congreso, y no podemos anular la decisión de ese poder del Estado a menos que se haya cometido un error manifiesto". Véase *Pickering Phipps v. Ry. Co.*, 66 Law Times Rep. 721 (1892), y un valioso voto del juez Ladd, en *Perry v. Keene,* 56 N. H. 514 (1876).

41 *Eakin v. Raub,* 12 S. & R., pág. 355.

42 *Fletcher v. Peck,* 6 Cr., pág. 131.

post facto, no puede suponerse la ignorancia, aunque probable, respecto de ningún aspecto en un debate de alto nivel sobre ese asunto. Y lo mismo puede decirse de la prohibición de ser sometido a juicio dos veces por el mismo asunto o de declarar en contra de uno mismo, o de la pérdida de derechos civiles o del juicio por jurados. Entonces, la duda razonable de la que hablan nuestros jueces es la duda razonable que persiste en la mente de una persona capaz o debidamente instruida que se ha detenido a analizar la cuestión. La opinión razonablemente permisible de la que hemos hablado es la opinión razonablemente permisible a una persona de estas características.

El argumento en el que los tribunales se basan para establecer este criterio de la duda razonable para los jurados en el ámbito penal es la gravedad de afectar a un hombre con un delito. La razón por la que lo establecen para sí mismos al revisar el veredicto civil de un jurado es diferente, porque están revisando el trabajo de otro poder con un deber propio, sin tener ellos derecho alguno de asumir ese deber, excepto el derecho de contener al otro poder dentro de un límite de interpretación razonable y de ejercicio de sus facultades. El tribunal no debe, ni siquiera de manera negativa, expedirse sobre los hechos en los casos en que haya un jurado. La razón por la cual la misma regla se establece en relación con la revisión de los actos legislativos no es ni una ni la otra, sino ambas. Los tribunales revisan el trabajo de un poder coordinado y no deben, ni siquiera negativamente, legislar. Y, nuevamente, no deben actuar a menos que el caso sea muy claro, porque las consecuencias de declarar la nulidad de leyes pueden ser muy graves.

En caso de que se argumentara que la declaración de invalidez de leyes es diferente de los demás casos porque la cuestión última se relaciona con la interpretación de un escrito; que este tipo de cuestión siempre es una cuestión judicial y que no puede admitirse que haya dos interpretaciones legales del mismo instrumento; que se la puede interpretar correcta o incorrectamente, pero que hay solo un modo correcto; y que le

corresponde al tribunal, en última instancia, decir cuál es ese modo correcto, esta sugerencia, a primera vista, parece tener mucha fuerza. Pero, en realidad, se plantea un interrogante. La opinión de Lord Blackburn en el caso de difamación[43] se refería a la interpretación de un escrito. La doctrina que estamos considerando es la siguiente: al lidiar con la acción legislativa de un poder coordinado, un tribunal nunca puede decir que solo hay una manera correcta y permisible de interpretar la Constitución. Cuando un tribunal interpreta un escrito solo para determinar o aplicar su verdadero sentido, entonces solo hay un significado permisible; es decir, el que el tribunal considere el significado correcto. Pero cuando la cuestión no es esa, sino si ciertos actos de otro poder, funcionario o particular son legales o permisibles, esto no es así. En el tipo de casos que vimos, *la cuestión en última instancia no es el verdadero significado de la Constitución, sino si la legislación puede sostenerse o no*.

Puede sugerirse que este no es el modo en que los jueces tratan el asunto, por ejemplo que Marshall, en *McCulloch v. Maryland,*[44] pretende establecer la opinión propia del tribunal sobre la constitucionalidad de la ley que crea el Banco de los Estados Unidos. Sin embargo, aun reconociendo que esto suele ser verdad, debemos recordar que, cuando un tribunal confirma una ley y la considera constitucional, es correcto que así lo declare, y dicha declaración es todo lo que se necesita en el caso; esa declaración resuelve el asunto. Pero no siempre es así. Hay muchos casos en los que los jueces confirman una ley porque están en duda sobre ella; casos en los que no dan su propia opinión respecto de su constitucionalidad, sino que simplemente dejan intacta una determinación del Congreso, como en el caso en que un juez de Massachusetts adhirió al voto de sus colegas respecto de que una ley era "apta para ser aprobada por el Congreso y no inconstitucional […] sobre la base del único argumento de que la ley no es tan claramente

[43] *Cap. & Count. Bank v. Henty,* 7 App Cas. 741.

[44] 4 Wheat. 316.

inconstitucional, ni su invalidez está tan libre de duda razonable, como para que sea un deber del Poder Judicial declararla nula en vista de los diferentes intereses involucrados en el resultado".[45] La continua declaración de los jueces de que para ellos no se trata de una mera y simple preponderancia de razones a favor y en contra, sino de lo que es claro y evidente, claro más allá de toda duda razonable, es realmente un anuncio firme de que sus decisiones en favor de la constitucionalidad de la legislación no conllevan su propia opinión de la interpretación de la Constitución, y de que el significado estricto de sus palabras al declarar la constitucionalidad de una ley solo significa que no es inconstitucional más allá de una duda razonable. Puede agregarse que aquí reside la explicación para algunas de las decisiones que han alarmado a muchos en los últimos años, como si los tribunales fueran de poco fiar.[46] Se pueden esperar muchas más opiniones de ese tipo, ya que, si bien los Congresos suelen faltar a su confianza, los jueces a veces deben admitir los límites de su propio poder.

Creo que todo se reduce a esto. La regla en discusión contiene un reconocimiento implícito de que el deber judicial en cuestión entra en el campo de la administración política y está delimitado por las necesidades y propiedades de la administración. Si nuestra doctrina de derecho constitucional —vaciada, como hemos visto, en el molde de un principio sustantivo expresado restrictivamente, con una regla de administración que expande una regla que, de lo contrario, sería muy restringida en su alcance— admite ahora una concepción más justa y más simple, estamos en presencia de algo muy habitual en el desarrollo del derecho. Esto fue lo que en verdad ocurrió al

---

[45] Según el juez Thomas, *The Opinion of Justices* (La opinión de los jueces), 8 Gray, pág. 21.

[46] "Poco importa, ya que el tribunal ha caído y no es probable que pueda volver a actuar como control eficaz de la voluntad popular o, en caso de que intentara hacerlo, que tenga éxito en ese intento", dijo un escritor deprimido, pero interesante e incisivo, al comentar, en 1885, las sentencias sobre la moneda de curso legal de la Corte Suprema de los Estados Unidos. "The Consolidation of the Colonies" (La consolidación de las colonias) de Brooks Adams, 55 Atlantic Monthly, 307.

adoptarse nuestra teoría del derecho constitucional: presentamos, por primera vez, una aprobación judicial en el manejo del gobierno entre los grandes poderes del Estado; no completa, sino parcial. Los jueces quedaban autorizados, de manera indirecta y en cierta medida, a revisar el accionar de otros poderes y a declarar su nulidad. En rigor de verdad, si bien esta es una mera función judicial, implica, debido a la materia de la que se ocupa, participar, secundariamente, en la conducción política del Estado. Si esto es así, entonces los jueces deben aplicar métodos y principios a la altura de su tarea. En dicho trabajo, no puede existir arreglo permanente o adecuado entre los diferentes poderes a menos que cada uno esté seguro de la total cooperación del resto, en tanto su acción se adecue a una visión razonable y bastante permisible de su poder constitucional. El árbitro final de lo que es racional y permisible siempre es el Poder Judicial, siempre y cuando lleguen a él controversias que incluyan la cuestión. Esto pone en manos de nuestros tribunales una notable labor jurisdiccional. Solo se pondrá en peligro al conjunto si se busca darles más que eso. Los jueces no deben ponerse en el lugar del legislador ni hacer caso omiso del consejo que contiene el sagaz comentario de un obispo inglés de hace casi dos siglos, citado más tarde de las palabras del juez Holmes:[47]

"Quien tiene autoridad absoluta para interpretar las leyes escritas u orales es quien actúa como legislador, a todos los efectos, y no la persona que las escribió o pronunció por primera vez".[48]

---

[47] Citado por el profesor Gray en 6 Harv. Law Rev. 33, n., donde señala con acierto que el comentario evidencia "que los caballeros de toga corta muchas veces comprenden los principios jurídicos mejor que muchos abogados".

[48] Sermón del obispo Hoadly pronunciado ante el rey el 31 de marzo de 1717, sobre "The Nature of the Kingdom or Church of Christ" (La naturaleza del reino o la Iglesia de Cristo). Londres: James Knapton, T717. Debe tenerse en cuenta que el obispo Hoadly habla de una situación en la que el supuesto legislador, luego de dictar la ley, nunca se entromete. Ese no es exactamente el caso que tenemos entre manos; sin embargo, podemos recordar lo señalado por Dicey sobre la modificación de la Constitución de los Estados Unidos: "El soberano de los Estados Unidos se ha puesto en acción, pero solo una vez en noventa años. Necesitó

V. Finalmente, permítaseme hacer brevemente una o dos consideraciones que suelen obviarse y que son importantes para lograr un entendimiento claro de la materia. Los jueces a veces tienen oportunidad de expresar su opinión respecto de la constitucionalidad de una ley cuando la regla que hemos considerado no se aplica o se aplica de un modo diferente del ordinario. Hay al menos tres situaciones que deberían distinguirse: 1) cuando los jueces se pronuncian sobre la validez de los actos de un poder coordinado; 2) cuando actúan como asesores de otros poderes; 3) cuando, en representación de un gobierno de autoridad preeminente, se ocupan de actos de un poder que no es coordinado.

1) El caso del tribunal que se expide sobre la validez de una ley de un poder coordinado es la situación normal, a la que se aplican las observaciones anteriores. No necesito decir nada más al respecto.

2) En relación con el segundo caso, la emisión de opiniones consultivas no constituye ejercicio de la función judicial, y las opiniones dadas en ese sentido no tienen nivel de autoridad judicial.[49] Un fallo excepcional y sin apoyo, del estado de Maine, dictado en una época de gran entusiasmo político,[50] y

---

del trueno de la Guerra Civil para interrumpir su reposo y es dudoso que algo que no sea una revolución inminente lo vuelva a llamar a la actividad. Pero un monarca que duerme durante años es como un monarca que no existe. Una constitución federal es susceptible de ser reformada, pero, a pesar de ello, una constitución federal tiende a la inmutabilidad".

[49] *Com. v. Green,* 12 Allen, pág. 163; *Taylor v. Place,* 4 R. I., pág. 362. Véase el *Thayer's Memorandum on Advisory Opinions* (Memorando de Thayer sobre las opiniones consultivas) (Boston, 1885), Jameson, Const. Conv., 4.ª ed., Apéndice, nota *e,* pág. 667, y un valioso artículo de H. A. Dubuque, en 24 Am. Law Rev. 369. sobre "The Duty of Judges as Constitutional Advisers" (El deber de los jueces como asesores constitucionales).

[50] *Opinion of Justices,*(La opinión de los jueces) 70 Me., p. 583 (1880). *Contra,* juez Kent, en 58 Me, pág. 573 (1870): "Sin dudas, es verdad que las decisiones emitidas en virtud de un pedido de este tipo no tienen fuerza judicial alguna y que no pueden vincular ni controlar la acción de un funcionario de cualquier poder. Nunca se han considerado vinculantes para el órgano que las solicita". Y, en el mismo sentido, el juez Tapley, ibid., pág. 615: "Sin considerar jamás que esas decisiones eran concluyentes, sino abiertas a revisión en la ocasión adecuada"; y el juez Libby, en 72 Me., págs. 562-3 (1881): "En tanto cualquier decisión que se

una doctrina del estado de Colorado, basada en consideraciones específicas de la Constitución de ese estado,[51] no inspiran ninguna observación a la afirmación general de que esas opiniones, dictadas por nuestros jueces —como las conocidas opiniones emitidas en Inglaterra para asesorar a la Cámara de los Lores, que fueron el antecedente de nuestra práctica— son meramente consultivas y bajo ningún punto de vista constituyen sentencias autorizadas.[52] Nuestras constituciones no permiten esas opiniones. En los seis o siete estados donde las constituciones las prevén, suelen informarse como parte de las decisiones ordinarias, así como se suelen citar las respuestas de los jueces en el caso de Queen Caroline y en el caso MacNaghten, como si tuvieran la misma jerarquía de fallos con contenido dispositivo. En relación con dichas opiniones, los escrúpulos, las precauciones y las advertencias a las que me he referido, y la regla de la duda razonable, que hemos visto remarcada por los tribunales respecto de las decisiones judiciales sobre la constitucionalidad de las leyes, no tienen aplicación. Lo que se solicita es la opinión personal del juez.

3) En el tercer supuesto entran las preguntas sobre la existencia de nuestro sistema doble, con dos constituciones escritas, y dos gobiernos, uno de los cuales tiene, dentro de su ámbito, mayor autoridad que el otro. La relación con los estados del gobierno principal en general, y su deber en todas las cuestiones relacionadas con las atribuciones del gobierno general para mantener dicho poder frente a los estados en su totalidad, también parecen dejar establecido el deber de cada uno de los poderes, que consiste en mantener esta autoridad superior en su justa y debida proporción, que cada poder determinará por sí mismo.

---

emita ahora no surtirá efecto alguno si el asunto se lleva a los tribunales mediante el proceso adecuado, y ante el temor de incumplir un deber constitucional si me niego a responder, expondré muy sumariamente mi opinión sobre la cuestión presentada". El juez Walton adhirió; los otros jueces no dijeron nada sobre este punto.

[51] *In re* Senate Bill, 12 Colo. 466, decisión que me parece, en algunos aspectos, poco meditada.

[52] *Macqueen's Pract. Ho. of Lords,* págs. 49-50.

Si una legislatura estadual aprueba una ley que es impugnada durante el trámite del litigio ante los tribunales nacionales por estar en conflicto con la ley suprema de la nación, esos tribunales pueden tener que hacerse una pregunta diferente de la que correspondería si las leyes provinieran de un poder coordinado. Cuando la pregunta se refiere a qué se admite como no perteneciente al poder nacional, cualquiera que interprete una constitución estadual, ya sea el Poder Judicial nacional o estadual, debe permitir a esa legislatura el más amplio margen de interpretación racional. Sin embargo, cuando la pregunta es si un acto estadual se adecua a la Constitución principal, la ley máxima del país, estamos frente a un caso diferente. Fundamentalmente, se trata, en un caso como este, de la adjudicación de poder entre dos gobiernos; dónde se trazará esa línea. Es verdad que el Poder Judicial aún está debatiendo si una legislatura ha traspasado su límite, pero los poderes no son coordinados y el límite está en un punto diferente. El Poder Judicial ahora habla en representación de una Constitución y de un Gobierno principales, cuyo deber consiste, a través de todos sus poderes, en permitir a esa Constitución nada menos que su justa y correcta interpretación, y, hecho esto, en protegerla de avances externos.

Me he referido al Poder Judicial nacional. Respecto de cómo debe tratar el Poder Judicial estadual una controversia de inadecuación entre su propia Legislatura y la Constitución principal, se ha dicho, con razón, que debería regirse por la misma regla que aplicarían los tribunales federales. Dado que las apelaciones recaen en los tribunales federales, se ha dicho que estos dos tribunales deberían proceder sobre la base de la misma regla, al ser parte de un mismo sistema. Pero, conforme a la Ley de Organización del Poder Judicial, no todas las decisiones pueden apelarse, sino solo aquellas en las que subyace el derecho estadual. Tal vez sería sensato, a esta altura, aun si se permitiera la apelación en todos los casos, adherir a la regla general de que los jueces deben seguir la opinión que hubiera adoptado la Legislatura coordinada. En todo caso, conforme a la legislación existente, parece adecuado que los tribunales

estaduales obren de este modo, por la razón práctica de que es necesario para preservar el derecho de apelación.[53]

La visión que se ha presentado me parece de suma importancia. No pretendo formular una nueva doctrina, sino que intento replantear con más exactitud y rigor una que ya está admitida. Si lo que he expuesto tiene solidez, sería muy bienvenido que los tribunales lo aplicaran en su máxima extensión. Se ha sostenido que los derechos privados suelen ser más respetados por los Congresos de los países que no tienen Constitución escrita que por el nuestro. No hay dudas de que nuestra doctrina del derecho constitucional ha tenido tendencia a dejar afuera cuestiones de justicia y derechos, y a llenar la cabeza de los legisladores con pensamientos sobre la mera legalidad, es decir, lo que permite la Constitución. De hecho, en relación con la legalidad, han sentido poca responsabilidad: "si estamos equivocados, los tribunales lo corregirán", dicen.[54] Si lo que he dicho hasta aquí es verdad, el camino seguro y continuo hacia la reforma es el de recalcarle a nuestro pueblo un sentido más fuerte del que tienen respecto del amplio margen de posible dañosidad y maldad que nuestro sistema permite y debe permitir a los Congresos, y de los claros límites del Poder Judicial, a fin de que se dé a la responsabilidad el lugar que le corresponde.

---

[53] Juez Gibson, en *Eakinz' Raub,* 12 S. & R., pág. 357. Compárese Ib., pág. 352. En líneas generales, el tribunal llega al mismo resultado, en *Tonnage Tax Cases,* 62 Pa. St. 286: "Un caso de simple duda debe resolverse en favor del derecho estadual, dejando la corrección del eventual error al Poder Judicial federal. La presunción en favor de un poder coordinado del Estado, la relación de sus tribunales con el Estado y, sobre todo, la necesidad de preservar el sistema económico clave para su bienestar, exigen esto de nuestra parte" (del juez Agnew, redactor del voto del tribunal).

[54] "Una consecuencia singular de la importancia de la interpretación constitucional en los Estados Unidos […] es que el Poder Legislativo de los Estados Unidos ha estado muy ocupado en debates puramente jurídicos. […] Los asuntos jurídicos pueden eclipsar y oscurecer el tema (mucho más medular) de los principios y las políticas, distrayendo la atención del país así como las habilidades de los congresistas de ese aspecto tanto más importante", I Bryce, Am. Com., 1.ª ed., 377. En la página 378 cita a uno de los escritores más conocidos de derecho constitucional, el juez Hare: "En el tratamiento refinado y sutil que sigue, muchas veces se confunde lo que corresponde o se trata como sinónimo de lo que podría ser. Se da por sentado que lo que permite la Constitución también está aprobado, y que las medidas que son legales no pueden ser contrarias a la moral". Véase también Ib., 410.

El control y el recorte de la facultad legisferante, a través de numerosas y detalladas prohibiciones constitucionales, no puede lograrse sin reducir al Estado a una entidad insignificante y deficiente. Este proceso ya ha llegado demasiado lejos en algunos de nuestros estados. En ningún sistema el poder de los tribunales puede llegar tan lejos como para salvar a un pueblo de la ruina; nuestra principal protección reside en otra parte. Si esto es así, es de la mayor importancia pública exponer el asunto en su verdadera dimensión.[55]

[55] *La volonté populaire : tel est, dans les pays libres de l'ancien et du Nouveau Monde, la source et la fin de tout pouvoir. Tant qu'elle est saine, les nations prosperent malgre les imperfections et les lacunes de leurs institutions : si le bon sens fait defaut, si les passions l'emportent, les constitutions les plus parfaites, les lois les plus sages, sont impuissantes. La maxime d'un ancien :* quid leges sine moribus ? *est, en somme, le dernier mot de la science politique.* — Le Systeme Judiciaire de la Grande Bretagne, de le Comte de Franqueville, i. 25 (Paris: J. Rothschild, 1893).

Filosofía, política, justicia y género

Aproximación al pensamiento de Platón y Rousseau en torno a las mujeres

María Verónica Piccone

Palabras preliminares

El campo de la filosofía a lo largo de los siglos ha desplegado un discurso pretendidamente neutral que incluye la construcción por los pensadores de miradas antropológicas acerca de los seres humanos, es decir, sobre las características o atributos asignados a "los hombres". Sin embargo, cuando se atribuyen cualidades o naturalezas "al hombre", este término no se refiere a los seres humanos sino, en el mejor de los casos, a la porción masculina[1]. Las características de "la otra mitad" no son las mismas, lo que resulta asociado a la subordinación de las mujeres y su exclusión del espacio político.

Aquí, reflexionamos brevemente sobre el pensamiento de Platón y de Jean Jacques Rousseau sobre "la mujer" o "las mujeres" o, más precisamente, sobre el rol asignado a las mujeres en los libros *República* del filósofo griego y en *El contrato social* y *Emilio o de la Educación* del ginebrino.

Todo saber es un saber situado y toda pretensión de universalidad y neutralidad surge de, y refuerza a su vez, los rasgos discriminantes que aun hoy existen en nuestras sociedades. La conciencia de la subalteridad asignada a las mujeres[2] impone no soslayar en la lectura de "los clásicos" y "los modernos" el lugar que estos les asignaron en sus reflexiones.

---

[1] Es decir que cuando se dice hombre se dice hombre y no mujer, por lo que pueden mentarse las palabras de Jorge Luis Borges citando al griego en El Golem:

> Si (como afirma el griego en el Crátilo) / el nombre es arquetipo de la cosa /
> en las letras de 'rosa' está la rosa / y todo el Nilo en la palabra 'Nilo'.

[2] En verdad son varias las "categorías" de individuos y sociedades alterizadas.

La ideas de Platón y Rousseau son producto de sociedades en transformación, cuestionan las instituciones imperantes y las representaciones existentes en cada época: en la Grecia antigua así como en la Europa moderna estamos ante sociedades que quiebran la idea de un 'orden dado' para avanzar en el camino de un "orden creado", es decir "un orden donde son los hombres los que tienen la palabra para construirlo, para modificarlo, para criticarlo y para demandarle explicaciones y legitimidad"[3]. Entre ellas además pueden trazarse puentes: la reflexión sobre una sociedad ideal, la posibilidad de autoinstituirse como sociedad, la relevancia de la educación, cierto comunismo, son algunos de ellos.

Platón y Rousseau dedicaron parte de sus reflexiones al tratamiento del papel desempeñado por las mujeres en el mundo –en el plano material, podríamos decir– y, sobre el que deberían desempeñar en la "sociedad ideal" de acuerdo a sus características "naturales".

La pregunta es sí, las ideas expresadas en torno a las mujeres, ¿fueron igualmente cuestionadoras de las representaciones existentes?, ¿fueron consecuentes con la impronta emancipadora de otras ideas de nuestros autores?

El trabajo procura explorar esta cuestión porque, como dice Pateman

> Algunas partes de los libros admitidos en el canon raramente se estudian; las secciones y los capítulos que tratan de las relaciones entre las sexos y la significación política de la diferencia sexual o bien suelen omitirse o bien se mencionan simplemente de paso, habida cuenta que tales materias se consideran periféricas al verdadero meollo del que se ocupa la teoría política[4].

---

[3] Unzué, Martín (2004). "Democracia clásica, ciudadanía y polis", en La política en conflicto. Reflexiones en torno a la vida pública y la ciudadanía, AAVV, Buenos Aires, Prometeo, pp. 9-10.

[4] Pateman Carole., The Disorder of Women, Cambridge, Polity Press, 1989, pág. 2. citado por Castells, Carmé, CASTELLS, Carme (1996), "Introducción" en Perspectivas feministas en teoría política, comp. Carme Castells. Barcelona: Paidós, 1996, pp. 9-30.

Las mujeres en República de Platón

Platón (427-347 a. C.) nació en Atenas en el marco de una familia aristocrática y fue educado por los mejores maestros de la época. A partir de los 18 años se hizo discípulo de Sócrates, personaje recurrente en sus diálogos. Uno de los filósofos más influentes de la historia, sus ideas han sido expuestas o catalogadas en "distintas etapas",

República es considerada prototipo de obra de su madurez. Se ha estimado que podría haber sido compuesta entre el momento de fundación de la Academia (387 a. C.) y su segundo viaje a Sicilia (367 a.C.)[5].

En *República*, el filósofo griego procura construir una forma ideal de organización política. La reflexión sobre la justicia, que es planteada desde el libro primero, atraviesa toda la obra. ¿Qué es la justicia para Platón?

En primer lugar, puede sostenerse que hay una justicia individual y otra comunitaria o de la ciudad. Así pregunta Sócrates "¿La justicia, decimos, es propia de un solo hombre y también en cierto modo de una ciudad entera?"[6], lo que lo lleva a renglón seguido a sostener que al ser la ciudad un objeto mayor que el hombre, es posible que en ella haya más justicia y más facilidad para conocerla, por lo que argumentará sobre ella en primer término[7].

Si la ciudad nace a partir de las necesidades de los hombres que se reúnen para satisfacerlas[8], la justicia en la ciudad será que cada uno cumpla una función, que haga lo que mejor sabe hacer, es decir, lo que está en su naturaleza y aporte ello a la ciu-

---

[5] Platón, República, Introducción, traducción y notas de Marisa Divenosa y Claudia Márcico (2005), Losada, Buenos Aires, p. 21. Los autores señalan las discontinuidades entre el pensamiento de Platón en República y, Político y Leyes, las tres obras que tienen como principal motivo la política, Ibíd. p. 22.

[6] Platón, Ibíd. p. 179 (368e).

[7] Ibíd. p. 179 (369a).

[8] Ibíd. p. 180 (369c).

dad, permitiendo su funcionamiento. Esta idea es desarrollada a través de varios parágrafos y será retomada en varios pasajes de *República,* resulta expresada sucintamente en 433a:

> Lo que planteábamos desde el principio que se debía hacer en toda circunstancia cuando estábamos construyendo la ciudad es, según parece, la justicia o una forma de ella. Indudablemente postulábamos y repetimos, si recuerdas, que cada uno debería ejercer una sola de las actividades de la ciudad para la cual su naturaleza fuera más hábil.
>
> – Lo dijimos, claro.
>
> – Y también que la justicia es hacer cada uno lo suyo y no dedicarse a múltiples actividades lo hemos escuchado de muchos otros, y nosotros mismos lo hemos dicho muchas veces.
>
> […] parece que la justicia consiste en alguna manera en hacer cada uno lo suyo[9].

Platón sostendrá en esta línea una división de tareas de acuerdo a la naturaleza de cada persona, todas la cuales contribuyen al bienestar de la ciudad. En la ciudad ideal, la tarea de gobernar es asignada a la clase naturalmente mejor preparada para ello, a la que llama guardianes, que deben dedicarse exclusivamente al gobierno *"es necesario que nuestros guardianes, relevados de todas las demás actividades manuales, sean artesanos perfectos de la libertad de la ciudad y no se ocupen de nada que no lleve a ella"*[10]. De la misma manera, sus aptitudes deben desarrollarse desde la educación inicial a fin de desarrollarse en toda su potencialidad.

Platón plantea así un ideal de gobierno aristocrático, constituido en el caso por el gobierno de los filósofos. La política es un ámbito democrático pero entre aquellos preparados para ello, de la misma manera en que un zapatero no puede construir una casa ni un médico ser capitán de navío, debe abocarse a la técnica acorde a su naturaleza y la gestión misma de la ciudad exige un

---

9 Ibíd. p. 300-301 (333a).

10 Ibíd. p. 231 (495c).

conocimiento específico[11]. La ciudad ideal de Platón no es igualitaria en la discusión de los asuntos públicos, sino que "*El hombre común sólo accede a la perfección por su participación en la polis perfecta, es decir, cumpliendo las funciones que esta requiere"*[12].

Por eso, el Libro V en donde discute el comunismo de mujeres y bienes resulta sorprendente. Aquí el personaje de Sócrates es exhortado a desarrollar el tema de la comunidad de mujeres e hijos dentro de la clase de los guardianes[13], así como la educación de los hijos de los guardianes. Comienza dando cuenta de que su opinión puede aparecer como materialmente imposible y sumamente cuestionable:

> No es fácil de explicar, querido –dije yo–, el exponerlo, pues esto concita aún muchas más dudas que lo que explicamos anteriormente, dado que podría ponerse en duda que se esté diciendo algo posible, e incluso si lo fuera, seguramente se pondrá en duda que esto sea lo mejor. Por eso tengo una cierta vacilación en dedicarme a estos asuntos, no sea cosa que parezca que mi argumento es sólo una expresión de deseos, mi querido amigo[14].

Más adelante dirá: "*Tal vez, en realidad, de acuerdo con la costumbre puede parecer ridículo mucho de lo que ahora decimos, si se lleva a la práctica como se dice*"[15].

---

[11] En Protágoras, Platón contrapone esta, su posición, puesta otra vez en boca de Sócrates, con la de Protágoras: "Así es, Sócrates, y por eso los atenienses y otras gentes, cuando se trata de la excelencia arquitectónica o de algún tema profesional, opinan que sólo unos pocos deben asistir a la decisión, y si alguno que está al margen de estos pocos da su consejo, no se lo aceptan, como tú dices. Y es razonable, digo yo. Pero cuando se meten en una discusión sobre la excelencia política, que hay que tratar enteramente con justicia y moderación, naturalmente aceptan a cualquier persona, como que es el deber de todo el mundo participar de esta excelencia; de lo contrario, no existirían ciudades. Ésa, Sócrates, es la razón de esto. […] en la justicia y en la restante virtud política, […] parece necesario que nadie deje de participar de ella en alguna medida, bajo pena de dejar de existir entre los humanos", citado de Platón I (2010). Protágoras, Gredos, España, p. 255.

[12] Unzué, Ibíd. p. 32.

[13] A partir de 449, pp. 327 y ss.

[14] Ibíd. pp. 329-330, 450b.

[15] Ibíd. pp. 332-333, 452a.

En el dialogo se debate en primer lugar la posibilidad de que las mujeres sean guardianas. La dificultad surge porque ya quedo claro que cada uno debe hacer lo suyo conforme a su naturaleza[16] y, que la naturaleza de las mujeres es distinta a la de los hombres[17], desde este punto de vista se reconoce que es una contradicción con lo antedicho que las mujeres puedan ser guardianas, ya que significancia asignarle a diferentes naturalezas tareas similares[18].

Desde el inicio, la mirada de Platón hacia las mujeres está subalterizada, es decir, si los hombres son como guardines de un rebaño[19], las mujeres son metafóricamente las hembras de los perros guardianes. Se pregunta si deben entonces

> colaborar en la guarda de lo que vigilan los machos, cazar juntos y hacer todo en común, o que ellas deben permanecer dentro de sus casas, como si parir y criar a los cachorros las tornara incapaces y los machos se tuvieran que encargar y ocupar de todo lo referente al rebañó?[20].

Y en su caso, sigue indagando, si es posible realizar la misma tarea sin recibir la misma educación[21].

Las incógnitas plateadas por Platón son en sí mismas extraordinarias. Es decir, la pregunta da cuenta de que considera a la cuestión un objeto de debate filosófico, aunque sea en broma:

> Y no debe discutirse también, ya sea que alguien quiera discutir en broma o en serio, si la naturaleza humana femenina es capaz de compartir con el género masculino todas las tareas o ninguna, o si es capaz de hacerlo en

---

[16] Concepto reiterado en 453b.

[17] El diálogo se desarrolla aquí entre Sócrates y Glaucón pero este pide a Sócrates que presente tanto los argumentos de ellos dos como las objeciones a los mismos.

[18] Ibíd. p. 336, 453e.

[19] Ibíd. p. 332, 451c.

[20] Ibíd. p. 332, 451d.

[21] Ibíd. p. 332, 451d.

> algunos casos y en otros no, y a cuál de éstos correspóndelo referente a la guerra?[22].

¿Es verdaderamente diferente la naturaleza de la mujer? Sí. ¿Es la naturaleza de la diferencia tan relevante que le impida desempeñar el papel de guardiana?[23] No.

Platón señala, aunque no desarrolla aquí, la relación existente entre el lenguaje y la realidad:

> "Basándonos en las palabras que las nombra, sostenemos muy vigorosa y polémicamente en la palabra que las nombra que las naturalezas que no son iguales no deben dedicarse a las mismas tareas, pero no analizamos de que índole es la diferencia y la identidad de naturaleza y apuntando a que determinamos cuando atribuimos tareas diferentes naturalezas diferentes y tareas similares a naturalezas similares"[24].

Si no que se adentra distinguir calidades de diferencias y similitudes[25]. ¿En qué consiste la naturaleza de la mujer? ¿En qué consiste su diferencia con los hombres?

Sí, sostiene Sócrates en 454c, sólo difieren en la forma en que intervienen en la reproducción, debe extraerse de ello (siempre en la clase de los guardianes) que deben tener las mismas ocupaciones[26].

---

[22] Ibíd. pp. 334-335, 453a.

[23] "¿Acaso es posible que la mujer no se diferencia del varón en cuanto a su naturaleza de un modo decisivo?" Ibíd. p. 335, 453c.

[24] Ibíd. pp. 337-338, 453b.

[25] "¿Acaso es ridículo –dije yo– por otra razón que no sea que antes establecimos completamente la naturaleza idéntica y la diferente, sino que sólo nos preocupamos de la clase de diferencia y similitud que se refiere a tener las mismas tareas?" Ibíd. pp. 338, 454d.

[26] "Entonces –dije yo–, si el género de los hombres y de las mujeres resulta que difiere respecto de una técnica o de alguna ocupación, ¿Diremos que es preciso atribuirlo a uno o a otro? En cambio, si resulta que difieren en que la mujer da a luz y el hombre engendra, diremos que de ningún modo ha sido demostrado que la mujer difiera del varón respecto del tema que tratábamos, sino que sostendremos incluso que nuestros guardianes y sus mujeres deben tenar las mismas ocupaciones", Ibíd. pp. 338-339, 454e.

A partir de aquí lo que deberá probarse es en qué técnica u ocupación "de las referentes a la organización de la ciudad" las naturalezas de la mujer y del varón no son iguales[27]. Esta inversión en el planteo destaca porque parte de un criterio de igualdad de naturalezas que requerirá probar la diferencia o, decimos, la diferencia discriminante. Piénsese que la exigencia habitual en el camino de la incorporación de las mujeres a profesiones o roles diferentes de los asignados ha sido argumentar y/o probar su capacidad para la tarea, ya sea representación política o la administración de sus propios bienes, quedando el peso de la acreditación en quienes atentan contra en *status quo*[28].

Los argumentos se deslizan a la postura que indica que, en términos generales, las mujeres son inferiores a los hombres en todas las actividades (salvo para hacer tortas, estofados y tejer)[29], sin embargo, hay mujeres que son mejores que muchos hombres. En la ciudad no hay tarea para la cual las mujeres no resulten tan aptas naturalmente como los hombres:

> "ninguna tarea de la dirección de la ciudad es propia de la mujer porque es mujer, ni del hombre porque es hombre, sino que las naturalezas aptas están esparcidas de modo homogéneo en ambos sexos y la mujer participa por naturaleza de todas las ocupaciones, y de todas también el hombre, aunque en todas las mujeres es más débil que el hombre"[30].

---

[27] Ibíd. p. 339, 455a.

[28] La inversión de la carga de la prueba frente a "categorías sospechosas" (o sea categorías de personas o grupos históricamente excluidos, discriminados, vulnerabilizados o como se los quiera llamar) es un recurso actualmente utilizado en el ámbito judicial para que la alegación sea producida por quien es acusado de discriminar. Puede verse por ejemplo en la causa Sisnero "Sisnero, Mirtha Graciela y otros el Taldelva SRL y otros s/amparo", 20 de mayo de 2014 (Fallos 337:611). Para una referencia más coloquial puede verse "La Corte, sobre discriminación por sexo en el acceso al trabajo", recuperado de http://www.saberderecho.com/2014/05/la-corte-sobre-discriminacion-por-sexo.html o, "El derecho de Mirta a ser colectivera", por Mariana Carbajal, 22 de mayo de 2014, recuperado de Página 12 https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-246780-2014-05-22.html.

[29] Ibíd. p. 340, 455d.

[30] Ibíd. p. 340, 455e.

Más allá de la mentada debilidad de las mujeres, la afirmación es extraordinaria: hombres y mujeres poseen la misma naturaleza y, por ende, las mismas aptitudes para todas las ocupaciones, dudamos de qué siquiera en la actualidad este sea un pensamiento mayoritario.

Como corolario de esta similar naturaleza, la educación de las mujeres guardianas será igual a la de los hombres guardianes[31-32], siendo este uno de los puntos de choque palmario con el pensamiento del giniebrino, ya que para Platón son aptas para tomar parte incluso en la guerra, aunque como son más débiles hay que asignarles tareas más livianas[33].

En la segunda ola[34], desarrolla la propuesta de comunidad de mujeres e hijos entre los guardianes. Guardines y guardianas tendrán todas sus tareas en común, no poseen bienes propios, por lo cual viven y comen en común. La reproducción pasa a ser pautada de acuerdo al momento de mayor aptitud para ello, tanto de hombres como de mujeres y, todos los que asisten a una boda serán padres y madres de los nacidos diez años después.

Esta eliminación de la familia de los guardianes parece ser lo que más espanta a los sectores conservadores y católicos que como traductores al castellano de las obras introducen las lecturas. En cambio, feministas como Moller Okin han afirmado

> La tematización de la mujer en el libro V de La República es de verdadera relevancia, ya que es uno de los pocos ejemplos en la historia del pensamiento en las que se separan las características biológicas de la feminidad de toda la carga convencional, institucional y emocional que suele asociarse con ella. Cuando Platón elimina la esfera privada de la vida de los guardianes realiza un

---

[31] Ibíd. p. 342, 456d, incluyendo la educación deportiva, conf. 458d, pp. 346.

[32] Ibíd. p. 341, 456a.

[33] Ibíd. p. 343, 457b.

[34] Conf. Introducción, traducción y notas de Marisa Divenosa y Claudia Mársico, Losada a Platón, República, Ibíd. p. 344. La tercera ola se refiere a la plausibilidad del modelo, Ibíd. p. 467.

> cuestionamiento radical de todas las diferencias institucionalizadas entre los sexos[35].

Para Platón, actuando de esta manera: "harán lo mejor y no lo contrario a la naturaleza de la relación entre lo femenino y lo masculino, en tanto han nacido para colaboración mutua"[36].

> Lucharán en común y llevarán a la guerra a aquellos de sus hijos que estén crecidos, para que como los hijos de los demás artesanos contemplen lo que será preciso que hagan cuando sean mayores. Y además de observar, podrán ayudar, podrán ayudar y servir en todo lo relativo a la guerra y asistir a sus padres y madres[37].

Lo expresado por Platón en *República* respecto del papel de las mujeres en la conducción política es aún más original si se tiene en cuenta que el sistema que está proponiendo en fuertemente desigualitario respecto de otras cuestiones: la política es un patrimonio exclusivo de aquellos mejor dotados para la tarea; las personas tienen cualidades o "naturalezas" individuales que determinan su función en la polis; hay "mejores" y "peores"; las ocupaciones apropiadas "deben" realizarse en la polis ideal[38]; etc. Es decir, no hay en esta ciudad propuesta nada que permita hablar de libertad o democracia, sin embargo, hay una propuesta de igualdad de género –sólo para los guardines– francamente extraordinaria, sin desconocer que parece, al menos en la terminología que las mujeres de los guardianes

---

[35] Moller Okin, Susan Women in Western Political Thought. Londres, pp. 41, citada en Di Biase, Carla Luján y Napoli, Magdalena Marisa, "El lugar de la mujer en Platón y Aristóteles según Moller Okin", trabajo presentado en Actas del VI Coloquio Internacional. Competencia y Cooperación de la Antigua Grecia a la actualidad, Homenaje a Ana María González de Tobia. La Plata, FAHCE-UNLP, 19 al 22 de junio de 2012. sitio web: http://coloquiointernacionalceh.fahce.unlp.edu.ar - ISSN:2250-7388.

[36] Ibíd. p. 361, 466d.

[37] Ibíd. p. 361, 467a.

[38] Por ejemplo, se "paren hijos para la ciudad" conf. 460, pp. 350. Hay una clara diferencia entre los gobernantes (guardines) y el pueblo, o sea, los proveedores de los salarios y alimentos de los primeros, conf. 463b, pp. 355.

pertenecen a los hombres y, que los femenino o lo "afeminado" es menospreciado[39].

Incluso Platón le hace afirmar a su personaje Sócrates que las "leyes actuales" son más contrarias a la naturaleza que las propuestas en *República*[40], que estos postulados no son ni inverosímiles ni meros deseos, sino de actividades naturales.

Finalmente, si Afred North Whitehead afirmó que "*toda la filosofía occidental es una serie de notas a pie de página de las obras de Platón*", cabe decir que el pensamiento del griego tiene momentos y que se ha afirmado que lo postulado en *República* respecto del papel asignado en el ámbito político a las mujeres no se despliega en *Las leyes*. Se ha dicho que

> "La principal diferencia entre los dos diálogos es que en Las Leyes Platón reinstaura la familia patriarcal a su antiguo papel central en la nueva ciudad. Con esto, renueva la vigencia de las leyes de matrimonio y herencia, que no tienen espacio en ellas para las mujeres y estipulan una clara desigualdad entre los sexos: las mujeres son dadas en matrimonio —en un traspaso de propiedad entre padre y esposo—, no pueden poseer bienes privados, y por lo tanto, no tienen derecho a ser herederas de los bienes de su familia"[41].

En esta línea, Hanna Arendt afirma que desde el surgimiento de las ciudades estado, existe una diferenciación entre lo familiar/privado y lo público/político[42], frontera posible y determinada por la existencia de la propiedad privada: sin propiedad es imposible participar de la vida política, por tanto afirmamos, siguiendo la lectura de señalada *supra* las mujeres vuelven a quedar fuera. Según Adendt, aunque aunque en el pensamiento de Platón se preveía la abolición de la propiedad privada y la "extensión de la esfera pública hasta el punto de aniquilar por

---

[39] Como cuando se refiere a "un entendimiento afeminado y mesquino", pp. 167, 469e

[40] Ibíd. pp. 342, 456c.

[41] Di Biase, Carla Luján y Napoli, Magdalena Marisa, cit. p. 910.

[42] Arendt, Hannah (2007), La condición humana, Buenos Aires, Paidós, p. 41.

completo a la primera"[43], igualmente aparece la veneración de Zeus Herkeios, protector de las líneas fronterizas[44].

El capítulo II de La condición humana ofrece un interesante puente entre lo antiguo y lo moderno y, entre las relecturas feministas, pioneras en la ruptura entre lo público y lo privado y, las lecturas de los clásicos. Arendt afirma que para los filósofos griegos, incluso para Platón, la libertad se localiza exclusivamente en la esfera pública, mientras que la necesidad "es de manera fundamental un fenómeno pre político, característico de la organización doméstica privada"[45], donde la violencia se justifica como único medio de dominar la necesidad. Si la libertad y la sociedad de iguales sólo son posibles en la esfera pública; el ámbito privado y familiar no sólo es desigual y violento, sino que es necesario que así sea "como precondición" de la libertad pública, argumento que como veremos, está enraizado en el pensamiento de Jean Jacques Rousseau.

Breve excursus

Los siglos transcurridos entre los trabajos de Platón y el de Jean Jacques Rousseau merecerían al menos la realización aquí de un breve *excursus* que señale la bastedad de lo omitido.

En el caso de Platón, correspondería al menos tratar algunas ideas de Aristóteles respecto de la condición de las mujeres que son señaladas en varios textos consultados como "correcciones" o críticas a su mentor.

Y, respecto del pensamiento de Rousseau, al que calificamos como rupturista en muchas cuestiones, se inserta temporalmente en un momento histórico en donde algunas cosas ya están definidas, sobre todo por el triunfo de la burguesía en la revolución gloriosa y el arraigo de ciertas ideas de Hobbes pero, sobre todo, del pensamiento de Locke en Inglaterra y

[43] Arendt, Ibíd. p. 42.

[44] Ibíd. p. 43.

[45] Ibíd. p. 43.

en lo que luego serán los Estados Unidos, cuya declaración de independencia se produce dos años antes de su muerte.

Se ha sostenido que algunas de las opiniones de Rousseau, sobre todo en cuanto al estado de naturaleza y la existencia o no de derechos en él, parecen una respuesta a los contractualistas ingleses del S. XVII[46] y, que su pensamiento resulta imprescindible para comprender el proceso revolucionario francés de 1789, incluyendo la comuna de París a mediados del s. XIX[47].

Para ciertas lecturas, presentes para nosotros entre otras en el mentado prólogo de Horacio Crespo, el pensamiento de Jean Jacques Rousseau aparece como poco egoísta: la sociedad política no se justifica en el egoísmo (como en el pensamiento de Hobbes y de Locke), sino que es una contingencia. Compartimos que Rousseau representa una reacción contra el individualismo, pero no consideramos que postule una forma de democracia.

Para nosotros, el principal aporte "práctico" de Rousseau tiene que ver con el papel que cumplió y en parte sigue cumpliendo la educación como creadora de sentimientos de pertenencia al mito de una nación. También, la crítica a la propiedad privada desarrollada en *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*. Sin embargo, y tal vez por el influjo del pensamiento liberal, no nos produce mayor convicción su "democracia asamblearia"[48] ni su voluntad general que entendemos no admite disensos. Analizar estas cuestiones excede el objetivo del trabajo, pero no por eso no resultan relevantes al pensarlo.

Jean Jacques Rousseau

Jean Jacques Rousseau nació en ginebra en 1712. Se pensamiento es calificado de existencial: resultado de su propia vida

---

[46] Crespo, Horacio (2013). "Introducción" a la edición de El Contrato Social, Buenos Aires, Losada, p. 12.

[47] Crespo, Ibíd. p. 23-24.

[48] Con esta expresión pretendemos resumir nuestra opinión sobre ciertas lecturas de Rousseau que no nos producen mayor convicción.

y no de la especulación racional[49], motivo por el cual creemos que diversos estudios introductorios a su obra ofrecen pormenores de su vida privada como guía para la comprensión de sus ideas[50], motivado por su *Confesiones,* publicadas postumamente.

Sus obras más relevantes son, cronológicamente, *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres* de 1758 y, *El contrato Social* y *Emilio o de la Educación,* ambas de 1762.

El tratamiento de este autor se justifica por los vasos comunicantes que encontramos con el pensamiento de Platón y, se impulsa en la lectura de los trabajos de Alejandra Ciriza sobre el mismo, que son el primer mojón de la lectura crítica que aquí realizamos.

El contrato social

> Quiero averiguar si en el orden civil, puede haber alguna regla de administración legítima y segura, que tome a los hombres tal como son y a las leyes tal como pueden ser[51].

El contrato social se inicia con estas palabras. Rousseau, que sostiene que en el estado de naturaleza primigenio el hombre es un *buen salvaje*[52], tiende a volver a ese mundo natural idealizado por él como referencia del orden social y moral construido a partir de la *voluntad general*. La mención de las mujeres es casi nula en esta obra, donde aparecen básicamente como yeguas de cría, un recurso estratégico de la unidad política,

---

[49] Ferrater Mora, José (2004). Diccionario de filosofía, Ariel, Barcelona, voz Rousseau, p. 3125.

[50] Más que privada, íntima. Muy interesante y divertida es la biografía que realiza de Rousseau el historiador inglés Paul Jhonson, que ahora no puedo citar.

[51] Rousseau, Jean Jacques (2013). El Contrato Social, Buenos Aires, Losada, p. 41. El subrayado nos pertenece.

[52] Rechazando la idea de hombre racional.

valoradas por su mayor o menor fertilidad[53]. El lugar de las mujeres en el estado de naturaleza rousseauniano debe ser leído a partir del *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres,* en donde tampoco resulta claro el fundamento de su supuesta domesticidad.

La influencia recibida del pensamiento de Platón se percibe, sobre todo, en la primacía de la comunidad, del interés común, sobre las individualidades: "*Cuantos servicios pueda un ciudadano prestar al Estado, se los debe prestar no bien el soberano se los pida, pero el soberano, por su lado, no puede imponer a los súbditos cadena alguna que sea inútil a la comunidad*"[54]. Cuando los hombres se convierten en ciudadanos, su individualidad debe ceder frente al poder absoluto del cuerpo político.

En el pensamiento de Rousseau, los compromisos son obligatorios porque son mutuos. Además, el pacto establece la igualdad entre los ciudadanos, comprometidos bajo las mismas condiciones y acreedores de los mismos derechos[55]. Aunque bajo estas cláusulas podríamos pensar que postula una igualdad amplia, más robusta que el sistema aristocrático de *República*, la cuestión central es la determinación de quienes son ciudadanos. Aquí la ley juega un papel central, debe ser siempre de carácter general y tiene vedado establecer privilegios a personas determinadas, sin embargo, puede establecer clases de ciudadanos y atribuirles cualidades que darán (o no) acceso a derechos[56]. Es sin duda una afirmación contradictoria y, en *El contrato social*, no explica por qué se consentiría esta situación, sólo que las distinciones son de clases de ciudadanos y no de individuos. Se refiere sin duda a la distinción entre ciudadanos activos y pasivos, en los términos en que se expresará, por ejemplo, la Constitución francesa de 1791, donde son ciudadanos activos

---

[53] Ibíd. p. 95. Las consideraciones de Rousseau en estos capítulos muestran además un sesgo marcadamente europeísta, similar al de otros pensadores europeos de la época.

[54] Rousseau. Ibíd. p. 74-75.

[55] Ibíd. p. 75-76.

[56] Ibíd. p. 82.

los franceses mayores de veinticinco años que paguen tributos y no sean criados domésticos[57].

Kant es mucho más claro a éste respecto cuando en la *Metafísica de las costumbres* admite que hablar de ciudadanía pasiva es una contradicción, pero que la domesticidad y la servidumbre determinan que algunos individuos sean *parte* de la comunidad pero no *miembros* (simples componentes vs. ciudadanos)[58]. Las exclusiones siempre van por el mismo lugar: las mujeres, los niños, los "dependientes", es decir, los que trabajan para otros.

Aunque "*La constitución del hombre es obra de la naturaleza: la del estado es obra del arte*"[59], en Rousseau, la ley surgida de la voluntad general coincide con la "forma natural de la especie humana"[60]. Y es esa naturaleza humana, descripta sobre todo en *El discurso* y en *Emilio* la que subordina a las mujeres: una ley que las excluya de la ciudadanía activa no hace más que respetar la naturaleza.

En el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Rousseau sostiene que hay dos clases de desigualdad, la natural, relacionada a la edad, la fortaleza, la salud y las cualidades del espíritu o del alma y la social y, la política, que proviene de una convención, y es establecida o consentida por los hombres[61], vinculada a la riqueza y el poder. En el caso de las mujeres, la desigualdad es tanto natural como producto del consentimiento, aunque este consentimiento supuesto no resulta para nosotros explicado por el autor más allá de la mentada naturaleza que les asigna.

---

[57] La exclusión de las mujeres no es expresa en esta constitución realista, al igual que en la mayoría de constitucionalismos liberal, sino que es un supuesto. Sí se excluye explícitamente a las mujeres de la sucesión y las cuestiones de regencia.

[58] Kant, Inmanuel (1997). La metafísica de las costumbres, Altaya, Barcelona, conf. pp. 144-145

[59] Ibíd. p. 142.

[60] Ferrater Mora, José (2004). Diccionario de filosofía, Ariel, Barcelona, voz Rousseau, p. 3126.

[61] Ibíd. p. 279.

La lectura de trabajos Carole Pateman y Alejandra Ciriza permite determinar que, sí el "buen salvaje" es el modelo del ciudadano rousseauniano, la referencia para las mujeres es, no ese primigenio estado de naturaleza idealizado, sino el estado pre-social donde ya existe la familia patriarcal. Dice Ciriza que, en Rousseau, el estado de naturaleza es el referente del sujeto político del contrato pero "*el referente de la mujer es el estado pre-social de la era patriarcal. La mujer del estado pre-social ha sido ya introducida en el espacio privado y por lo tanto privada de la condición de individuo contratante*"[62].

Aquí encontramos una de las diferencias más notables con el pensamiento del filósofo griego, puesto que como señalamos *supra* aunque la mujer y el hombre no son iguales, de ello no se deriva una diferencia tal que las excluya de la política y las relegue a un ámbito degradado. En cambio, para Rousseau la mujer es un elemento subversivo.

> Cuanto mejor constituido está el Estado, más prevalecen los asuntos públicos con respecto a los privados en el espíritu de los ciudadanos... En esta ciudad bien conducida todos van presurosos a las asambleas, pero bajo un mal gobierno nadie quiere dar un paso para asistir porque ninguno se interesa en lo que allí se hace ya que se prevé que la voluntad general no ha de prevalecer y que en fin, los cuidados domésticos todo lo absorben"[63].

O sea, Rousseau no sólo excluye a las mujeres del ámbito político –por supuesto no es el único[64]–, sino que además las confina al ámbito privado, del trabajo doméstico. Rousseau no admite que es el trabajo de las mujeres, más que de los hombres, el que sostiene la comunidad, porque les cabe todo lo relativo

---

[62] Ciriza, Alejandra (2000). "A propósito de Jean Jacques Rousseau. Contrato, educación y subjetividad", en Borón, Atilio, La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx. Buenos Aires, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, p. 88.

[63] Ibíd. p. 149.

[64] Tal vez Hobbes sea el que tiene un relato menos sexista.

a la reproducción y, la reproducción es además un signo de prosperidad[65]. En *Emilio o de la educación* Rousseau dirá

> La rigidez de los deberes relativos de ambos sexos no es ni puede ser la misma, y cuando en esta parte las mujeres se quejan de la desigualdad que han establecido los hombres, no tienen razón; aquel de los dos a quien la naturaleza confió el depósito de los hijos, le corresponde responder de ellos al otro[66].

Rousseau, al que muchos destacan por su componente democrático asambleario[67] frente a la falaz representación liberal, llega a preguntarse si los griegos pudieron gobernarse a sí mismos por posesión de esclavos y, aunque no es concluyente, afirma: "*hay ciertas, situaciones desgraciadas en las que no se puede conservar la libertad sino a expensas que la de otro, y donde el ciudadano tan sólo puede ser absolutamente libre si el esclavo es absolutamente esclavo"*[68], punto que lo acerca a Platón. Sin embargo Platón había eliminado la esfera privada para los guardianes e incluido a las guardianas en la arena política, en cambio Rousseau solidifica la barrera para preservar el espacio público de los ciudadanos masculinos[69].

Sólo los ciudadanos son iguales por el contrato social, todos tienen la capacidad de prescribir lo que todos deben hacer y, en cambio, nadie tiene derecho a prescribir que otro haga lo que

---

[65] "¿Cuál es el fin de la asociación política? La conservación y la prosperidad de sus miembros. ¿Y cuál es el signo más seguro de que ellos se conserven y prosperen? Su número y su población...el gobierno bajo el cual, sin medios extraños, sin naturalizaciones, sin colonias, los ciudadanos pueblan y se multiplican más, es infaliblemente mejor", Ibíd. p. 139.

[66] Rousseau, Jean Jacques. Emilio o de la educación, p. 265. Recuperado de file:///C:/Users/USuario1/Downloads/emilio_o_de_la_educaci_n_rousseau_jean_jacques.pdf

[67] Afirma que el poder legislativo no puede ser representado.

[68] Rousseau, Contrato…, Ibíd. p. 152.

[69] Para Arendt "El hecho de que la Edad Moderna emancipara a las mujeres y a las clases trabajadoras casi en el mismo momento histórico, ha de contarse entre las características de una época que ya no cree en las funciones corporales y que los intereses materiales tengan que ocultarse" (Ibíd. p. 78). Si bien no compartimos que se la Edad Moderna emancipe a las mujeres, es muy interesante el concepto de labor desarrollado por Arendt.

él no hace[70]. Pero las mujeres no lo son, porque no pactaron o consintieron no pactar, aunque paren hijos libres:

> Hay tan sólo una ley que, por su naturaleza, exige un consentimiento unánime: el pacto social, porque la asociación civil es el acto más voluntario del mundo. Al haber nacido todo hombre libre y dueño de sí mismo, nadie puede, con ningún pretexto, sojuzgarlo sin su consentimiento. Decir que el hijo de una esclava nazca, esclavo es decir que no nace hombre[71].

Para Rosa Cobo[72] el sesgo androcéntrico de Rousseau no es un elemento accesorio que se pueda desvincular del conjunto de su obra, como suele hacerse, sino una pieza clave de su teoría política: el supuesto teórico de la democracia es uno de los constructores discursivos de la desigualdad de las mujeres para las que elabora un pacto de sujeción tácito. Lo hace ocultando conscientemente el contrato sexual develado por Pateman, un contrato sexual que no sostiene el patriarcado en el ámbito privado sino también en el público.

> Las mujeres no toman parte en el contrato originario, pero no permanecen en el estado de naturaleza –¡esto frustraría el propósito del contrato sexual!– Las mujeres son incorporadas a una esfera que es y no es parte de la sociedad civil. La esfera privada es parte de la sociedad civil pero está separada de la esfera "civil". La antinomia privado/público es otra expresión de natural/civil y de mujeres/varones. La esfera (natural) privada y de las mujeres y la esfera (civil) pública y masculina se oponen pero adquieren su significado una de la otra, y el significado de la libertad civil de la vida pública se pone de relieve cuando se lo contrapone a la sujeción natural que caracteriza al reino privado[73].

---

[70] Rousseau, Contrato…, Ibíd. p. 153.

[71] Ibíd. p. 167.

[72] Cobo, Rosa (2012). "Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau", en Avances del Cesor, Año IX, Nº 9. pp. 109-121.

[73] Pateman, Carole (1995). El contrato sexual. Barcelona: Anthropos : México: Universidad Autónoma Metropolitana - Iztapalapa, p. 22.

En el orden civil, la mujer no tiene ni derecho a la justicia:

> desde muy temprano debe aprender a padecer hasta la injusticia y a soportar los agravios de su marido sin quejarse; debe ser flexible, y no por él, sino por ella. La acritud y la terquedad de las mujeres nunca logran otra cosa que agravar sus daños y el mal proceder de sus maridos, los cuales saben que no son estas las armas con que han de ser vencidos[74].

En resumen, Rousseau ve a las mujeres como el Adán que se queja de Lilith.

Pero la comunidad rousseauniana que encadena a todos los integrantes en pos del beneficio común, encadena a las mujeres doblemente porque quedan sometidas a un gobierno que no conformaron y a un amo en el ámbito privado. En el contrato social rousseauniano, los varones pactan su libertad y el sometimiento de las mujeres[75].

A diferencia de lo planteado por Platón en *República*, Rousseau ni siquiera admite la discusión sobre la igualdad de naturalezas de las mujeres, que considera una pérdida de tiempo en cuestiones insustanciales[76]. En *Emilio* critica directamente a Platón, y lo hace, no como los conservadores por el comunismo de mujeres e hijos de *República*, sino por la eliminación de esa pequeña patria que es la familia "el buen hijo, el buen padre, el buen esposo" moldean al buen ciudadano[77], por lo que por un argumento distinto llega a la misma conclusión[78].

Corolario de este libreto escrito por "la naturaleza" la educación de las mujeres debe ser diferente a la de los hombres.

---

[74] Hasta bien entrado el siglo XX las mujeres no adquirirán plena capacidad civil en la mayoría de las legislaciones occidentales, incluyendo la capacidad de estar en juicio, por lo que esta expresión de Rousseau no hace más que sincerar la exclusión.

[75] Conf. Cobo, Rosa (1996). "Sociedad, democracia y patriarcado en Jean Jacques Rousseau", en Papers 50, UAB, p. 278. Disponible en http://papers.uab.cat/article/view/v50-cobo.

[76] Rousseau, Ibíd. p. 252.

[77] Ibíd. p. 252.

[78] La ley tomará al "buen padre de familia" como modelo de buen ciudadano.

Aquí el pensamiento del ginebrino muestra, una vez más, sus contradicciones puesto que, si todo es naturaleza y la de las mujeres indica una disposición a servir, no se explica por qué resulta necesaria tanta restricción de sus elecciones en cuanto a hábitos y conductas[79]. Las conclusiones de Platón sobre la educación eran muy diferentes.

A modo de conclusión

Comencé este trabajo sosteniendo que entre el pensamiento de Platón y el de Jean Jacques Rousseau existían vasos comunicantes, hilos que se pueden rastrear hasta los escritos del filósofo griego, lo que no es difícil si se recuerdan las palabras de Afred North Whitehead,

Autores como George Sabine afirman que Platón contribuyó a liberar a Rousseau del individualismo imperante, la idea de que la sujeción política es "*esencialmente ética y sólo de modo secundario problema de derecho y poder*"[80] y de que la comunidad es el instrumento de moralización.

Compartimos en parte el papel que ocupa la comunidad, en ambos autores el espacio privilegiado de la vida política, cuya primacía sobre los intereses individuales es una constante. Fuera de esto hay poco más en común: en cuanto al tema que nos interesa, el papel asignado a las mujeres en la política, hay nada en común. En *República,* Platón construye un ideal o bien

---

[79] Por ejemplo, dice "De esta presión habitual se obtiene una cualidad muy necesaria a las mujeres durante toda su vida, supuesto que nunca cesan de estar sujetas, o a un hombre o a los juicios de los hombres, y que nunca les es permitido que se muestren superiores a esos juicios" (Ibíd. p. 258) y, más adelante, sostiene que si la mujer no es obediente y servil, es porque actúa de mala fe: "La obediencia y la fidelidad que debe a su marido, la ternura y solicitudes que debe a sus hijos son tan naturales y palpables consecuencias de su condición, que sin mala fe no puede negar su consentimiento al sentimiento interior que la guía ni desconocer su obligación en sus inclinaciones, que aún no están alteradas", Ibíd. p. 267. En Rousseau la educación es mala porque aleja al hombre del estado natural, pero es buena porque educa en la naturaleza.

[80] Sabine, George H. (2002). Historia de la teoría política. Fondo de Cultura Económica, México, p. 427.

despejado de prejuicios u orientado a provocar. En el conjunto del pensamiento de Rousseau, se percibe que respecto se las mujeres, su única vocación es sostener el *estatus quo* sin admitir siquiera su cuestionamiento.

Platón, al menos en *República,* derriba muros, Rousseau los levanta y solidifica: es uno de los artífices principales de las formas que adquirirá el patriarcado en la era industrial que se avecina.

En cuanto a la esclavitud derivada del trabajo, es Rousseau quien formula los principales aportes, siempre que ese trabajo sea trabajo masculino, pero, sin embargo, no escaba de esa mirada eurocéntrica surgida en la antigüedad.

Bibliografía

Arendt, Hannah (2007). *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós.

Castells, Carme (1996*). Perspectivas feministas en teoría política*, Barcelona, Paidós.

Centeno Orozco, Rebeca Dolores (2014). "*Relecturas de género a teorías clásicas sobre la ciencia, el poder y la política*", en Encuentro No. 97, 36-50, 2014. Consultado en https://www.lamjol.info/index.php/ENCUENTRO/article/view/1388.

Crespo, Horacio (2013). "Introducción" a la edición de *El Contrato Social*, Buenos Aires, Losada, 2013,

Ciriza, Alejandra (1999). *"Democracia y ciudadanía de mujeres. Encrucijadas teóricas y políticas"* en Borón, Atilio (comp.) *Teoría y filosofía política. La tradición clásica y las nuevas fronteras*, Buenos Aires, Eudeba.

Ciriza, Alejandra (2000). *"A propósito de Jean Jacques Rousseau. Contrato, educación y subjetividad*", en Borón, Atilio, *La filosofía política moderna*. De Hobbes a Marx. Buenos Aires, CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Cobo, Rosa (2012). "*Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau*", en Avances del Cesor, Año IX, Nº 9. pp. 109-121.

Cobo, Rosa (1996). *"Sociedad, democracia y patriarcado en Jean Jacques Rousseau",* en *Papers 50*, UAB, p. 278. Disponible en http://papers.uab.cat/article/view/v50-cobo.

Di Biase, Carla Luján y Napoli, Magdalena Marisa (2012). *"El lugar de la mujer en Platón y Aristóteles según Moller Okin*", trabajo presentado en Actas del VI Coloquio Internacional. Competencia y Cooperación de la Antigua Grecia a la actualidad, Homenaje a Ana María González de Tobia. La Plata, FAHCE-UNLP, 19 al 22 de junio de 2012. sitio web: http://coloquiointernacionalceh.fahce.unlp.edu.ar - ISSN:2250-7388.

Ferrater Mora, José (2004). *Diccionario de filosofía*, Ariel, Barcelona.

Kant, Inmanuel (1997). *La metafísica de las costumbres*, Altaya, Barcelona.

López Pardina, Teresa (2009). "*Beauvoir, la filosofía existencialista y el feminismo"*, en *Investigaciones Feministas*, vol .0, p. 99-106.

Pateman, Carole (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos: México: Universidad Autónoma Metropolitana - Iztapalapa.

Platón I (2010). *Protágoras*, Gredos, España.

Platón (2005), *República*, Introducción, traducción y notas de Marisa Divenosa y Claudia Mársico, Losada, Buenos Aires.

Puleo, Alicia H. "*Filosofía y género*", en Asparkía VI: Dona dones: art i cultura 1996, consultado en http://www.raco.cat/index.php/Asparkia/article/viewFile/108124/154748

Rousseau, Jean Jacques (2013). *El Contrato Social*, Buenos Aires, Losada.

Rousseau, Jean Jacques (2013). *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Buenos Aires, Losada, 2013.

Rousseau, Jean Jacques (2005). *Emilio o de la educación*. Disponible en file:///C:/Users/USuario1/Downloads/emilio_o_de_la_educaci_n_rousseau_jean_jacques.pdf

Sabine, George H (2002). *Historia de la teoría política*. Fondo de Cultura Económica, México.

Unzué, Martín (2004). "*Democracia clásica, ciudadanía y polis*", en *La política en conflicto. Reflexiones en torno a la vida pública y la ciudadanía,* AAVV, Buenos Aires, Prometeo.

Los retos de la administración pública frente a la "posrealidad"[1]

Guillermo F. Rizzi

"El auténtico genio consiste en la capacidad para evaluar información incierta, aleatoria y contradictoria".
Winston Churchill

I. Introducción

En Argentina –tanto en el ámbito federal como en la Provincia de Buenos Aires–, pese a haberse convocado una y otra vez distintas comisiones de juristas a elaborar diversos proyectos de reforma a las leyes de procedimiento administrativo, no ha habido, en el derecho positivo, avances concretos. En consecuencia, la propuesta es insistir en tal necesidad.

A dos años del inicio de la tercera década del siglo XXI, la idea de las "ventanillas de la administración" se da de bruces con las aplicaciones para teléfonos celulares y redes sociales, llegando al punto de incluir avisos impresos sobre ellas[2] mismas dirigidos a "millennials", como el que reza "Si estás en situación de calle comunicate al 0800…". Y nos preguntamos si los vehículos con comando inteligente podrán esquivar personas sobre la acera cuando intenten, por programa, no colisionar con otros vehículos sobre la calzada ¿Hay un mundo virtual ganándole la

---

[1] Basado en el coloquio del autor presentado en la Universidad Nacional de Guadalajara, México, el 5 de diciembre de 2017: "Retos de la administración pública en el estado contemporáneo", Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara y el Cuerpo Académico: "El derecho y la ciencia jurídica en México y América Latina", 4-8 de Diciembre de 2017, Guadalajara, Jalisco. Agradezco la invitación a los Profesores doctores José Padilla Arellano e Isaac Augusto Damsky.

[2] Esas ventanillas que, al mejor estilo de la empleada pública de Gasalla, nos ofrecen desde una partida de nacimiento hasta una vivienda, pero en un sentido precolombino, como espejitos de colores.

batalla de la información al mundo real? ¿O quienes estamos en mejores condiciones sociales y educativas hemos decidido vivir a través de redes sociales virtuales pero no reales? En definitiva: ¿qué es la realidad en el mundo de la posmodernidad o de la posverdad? ¿Cuáles son entonces los retos de la administración pública frente a esta "posrealidad"?

Esta administración eficiente en términos digitales se sigue enfrentando sin embargo a la creciente judicialización, tanto en clave colectiva como individual, porque sigue sin dar respuestas claras y objetivas a las necesidades reales de la población, esto es salud, educación, alimentación o vivienda. En suma, se trata del acceso al derecho a un nivel de vida adecuado, en términos del artículo 11 del PIDESC[3].

La problemática que observo en las instituciones, tanto gubernamentales como académicas, radica en la imposibilidad de asir el fenómeno bajo estudio. Y lo relaciono con una falta, natural por cierto, de empatía o de acercamiento, que puede deberse básicamente a que no vemos en ninguno de los foros que organizamos, a aquel por el que nos hemos convocado a la discusión. Hablamos entre nosotros de temas que sólo nosotros comprendemos, aquel a quien dirigimos nuestras preocupaciones

---

[3] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966): Artículo 11, 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el *derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia*, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

está en la calle, buscando trabajo, tratando de mejorar sus condiciones socio-ambientales. Esto, que podría –en términos de Bourdieu– ser consecuencia de la reproducción de los esquemas sociales, nos impide acercarnos al objeto de manera suficiente como para permitirnos un abordaje claro en términos de eficacia y eficiencia. Y debería ser encarado a través de un estudio interdisciplinario que permita arribar a soluciones de realidades evidentemente muy complejas para los ojos exclusivamente de la ciencia del Derecho.

II. ¿Todo se trata de disputas semánticas?

Destacar el problema de acceso a la justicia, las acotadas legitimaciones administrativas y procesales, la falta de legislación tanto procesal como procedimental sobre participación pública, todo ello a la luz de los principios de tutela continua y efectiva, no puede ser una simple disputa semántica.

Veo una inconveniencia en la judicialización de estos problemas sociales por falta de relación entre la problemática del habitante con los derechos que efectivamente pueden ser reconocidos en una sentencia, que se transforman de esta manera en triunfos efímeros de los abogados frente a la imposibilidad real a la hora de la ejecución de esas sentencias.

Y tampoco la respuesta a este tipo de problemas viene dada por el Derecho Administrativo, tal vez ni siquiera por el Derecho, ya que si por Derecho Administrativo entendemos un sistema de reglas y principios tendientes a evitar el abuso de poder y el sometimiento del ciudadano a la voluntad omnímoda del líder, imponiendo el respeto de los derechos individuales, cuyo nacimiento remonta al 1800, no podemos desconocer que si hoy la realidad exige interdependencia de derechos, también debe imponerse la de disciplinas.

Entiendo que en los últimos años se acrecentó el proceso de transformación del derecho público y con él se van eliminando concepciones vacuas como que el administrado es el auxiliar de la Administración y ésta está predispuesta a la búsqueda del

interés público o común. La gente comienza a llenar de contenido los espacios que han ido quedando en blanco. No hay interés público sino comunidad. No hay auxiliar o simple colaborador de la Administración sino habitante[4]. Y el Derecho finalmente se transforma en lo que repetimos, releyendo a Ihering, desde "El Derecho como Lucha[5]". Según este científico alemán sostuvo en 1872, el Derecho es una idea que parte de su propia antítesis, es decir, por un lado tiene el objetivo de conseguir la paz social, y por otro es en esencia la lucha contra aquello que la perturba. Algunos de sus exégetas sostienen hoy que la fuente del Derecho se encuentra en el sentimiento que tanto individuos como grupos sociales tengan del mismo, cuanto más alejado de la paz social menos justo. Y no hay Paz sin Justicia.

Siguiendo a Botassi[6] el Derecho Administrativo, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser pensado como un derecho de inclusión y no solo como un derecho de prevención y eventualmente reparación de los abusos o arbitrariedades estatales. Es necesario, por tanto, cambiar el paradigma, pero sobre todo el modo de pensar y construir el Derecho Administrativo.

Dice Balbín[7] que el Derecho Administrativo partió de un concepto de Estado mínimo. Así, categorías dogmáticas tales como los actos administrativos, los derechos individuales –básicamente la libertad y la propiedad[8]– y la idea del "administrado"

---

4 "…y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino…", Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina.

5 Puede ser consultado aquí https://www.researchgate.net/publication/265111128_La_lucha_por_el_derecho

6 Botassi, Carlos A., "Las relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo", publicado en Revista Argentina de Derecho Público, IJ Editores, https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=223

7 Balbín, Carlos F., "Un Derecho Administrativo para la inclusión social", publicado en Revista LA LEY 28/05/2014, 1 (Cita Online: AR/DOC/1250/2014).

8 Creo interesante destacar la posición que los franceses reconocieron al derecho a la propiedad en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: *Art. 2: La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e*

reflejan claramente ese criterio. Por el contrario, el Estado Social y Democrático exige completarlos y –quizás– reemplazarlos por otros, tales como los reglamentos y los convenios, los derechos sociales, los procedimientos participativos y las personas activas. Ya no es posible estudiar las funciones estatales administrativas prescindiendo de los derechos fundamentales.

La problemática actual no ha sido definida ni resuelta por las nuevas normas que incorporan simplemente el uso de tecnologías de la información, pues ello parece más bien dirigido hacia la comunicación interna en la administración pública, no en la verdadera relación entablada entre los ciudadanos y el Estado; como dice Balbín, la estructura del procedimiento es bilateral y no multilateral, sin embargo, el procedimiento no debe ser visto simplemente como un instrumento de protección de intereses individuales (como paso previo a las vías judiciales), sino básicamente de composición y definición de intereses grupales y de tracto sucesivo (intereses colectivos coincidentes, complementarios o contradictorios). Es decir, el procedimiento debe ser además complejo (composición de intereses múltiples), secuencial (procedimientos interrelacionados y flexibles) y abierto (participación de las personas)[9].

Para reinterpretar las relaciones del habitante con sus comunidades no alcanzará entonces solamente un reconocimiento judicial del problema. En Argentina, el Poder Judicial asume que puede generarse responsabilidad internacional de los Estados a partir del fallo "Ekmekdjián" del año 1992, cuando en el considerando 20 se hace cargo de alguna manera del problema de la llamada "dificultad contramayoritaria[10]", pero lo importante

---

imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; Art. 17: Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización. No parece ser el mismo orden de preeminencia que le damos hoy.

[9] Balbín, op. cit.

[10] Sobre la dificultad contramayoritaria se puede estudiar la Observación General 9 en su Considerando 10: Judiciabilidad. Dice Ucín que "No hay en el Pacto un derecho que no tenga

a destacar es que nos encontramos en franca evolución y superación de las dicotomías, por ejemplo sobre las llamadas "generaciones de derechos[11]" en la Conferencia de Viena de 1993[12], avanzando hacia la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos que reconoce el Alto Comisionado de Derechos Humanos con sede en Ginebra[13].

---

alguna dimensión judiciable. No es cierto que las cuestiones que implican distribución de recursos deberían ser dejadas para las autoridades políticas y no para el Poder Judicial; más bien lo cierto es que en general los tribunales se ven obligados a resolver un amplio rango de cuestiones que tienen implicaciones presupuestarias", ampliar en pág. 54, "La tutela de los derechos sociales", que ha señalado que frente al Poder Judicial y en democracia el problema de la naturaleza contramayoritaria se reduce al "colarse en la fila" de Tara Melish, debiéndose a que el Juez corre el riesgo de conceder el derecho sin un análisis contextual, sin tener en cuenta la disponibilidad de recursos escasos, cristalizando así la injusticia de colocar a quien judicializa por encima de los demás que teniendo el mismo derecho, esperan en la cola su turno (pág. 57). Completar en Ucín, Marìa Carlota, "La tutela de los derechos sociales", ed. LEP (Librerìa Editora Platense), 2011.

[11] En el curso brindado por Esteban Beltrán Verdes en el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurìdicas y Sociales de la UNLP, los días 10 y 11 de mayo de 2012, el autor se refirió a que la pregonada universalidad de los DDHH cae ante los Pactos que los dividen en 1966, así decía "Yo suelo hablar de los confiables puntos y las sospechosas comas. No es lo mismo escribir: "Nadie será sometido a torturas. PUNTO", que redactar "Todas las personas tienen derecho a la educación, COMA, si los recursos lo permiten". Ello introduce el concepto "coste", la idea de derechos caros y derechos baratos, de abstención y de acción (fuente web: https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDgQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.forogogoa.org%2Faudio%2Ftexto%2FBeltran_11_2009.doc&ei=U-BEUtT1GtPk4AP4m4GQCA&usg=AFQjCNHJ2j1m2y2bwuybh_olhqO0cyP2GQ).

[12] Sobre este tema puede ampliarse en Abramovich, Victor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", Revista Crítica de Derecho Social nº 1 Ed. Del Puerto, 1997). El Comité PIDESC considera que deben tenerse en cuenta dos principios del derecho internacional respecto de las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto: a) el primer principio reflejado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"; b) El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

[13] Instrumentos: observaciones generales de los comités (www.ohchr.org) y observaciones finales, que se presentan cada 5 años. Sistemas de control: convencionales y extraconvencionales, los conjuntos de relatores y grupos de expertos. Recomendamos prestar especial

Aún cuando los casos resueltos por el máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, han involucrado –hasta el momento– mayormente situaciones de extrema vulnerabilidad social, con grave afectación de un conjunto de derechos, observamos que los ejes del debate judicial trasuntan hoy, no ya por la aplicación o no de la normativa internacional de protección de los Derechos Humanos y las consecuentes construcciones jurídicas en torno a ello, sino que la argumentación se diseña directamente a partir de la vigencia de los estándares internacionales establecidos por los organismos pertinentes –PIDCP o PIDESC–, con referencias específicas a la operatividad del contenido mínimo del derecho en cuestión; la tutela preferente y, en ese sentido, el examen del cumplimiento de la prioridad presupuestaria con asignación privilegiada de recursos; la evaluación –aunque aún incipiente– de cuestiones presupuestarias y la comprobación, en cada caso concreto, de la adecuación –o no– de las respuestas ofrecidas a la situación de vulneración de derechos planteada, lo que ha llevado incluso a la consideración específica –en términos de razonabilidad, condiciones exigidas, posibilidades efectivas– de las políticas públicas implementadas por el poder administrador, a través de sus distintos planes y programas[14].

La ponderación de dichos elementos posee una incidencia directa en la exigibilidad de los Derechos Humanos y su efectiva realización, a la par que permite mejorar la calidad del debate público sobre estas cuestiones. La urgencia es el marco en donde se discuten los derechos porque así lo propone la sociedad de la información. En nuestra especialidad los jóvenes autores[15],

---

atención a los arts. 2.1 del PIDESC y las O.G. 3 y 9 (esta última establece el derecho al recurso judicial, progresividad, no regresividad, hasta el máximo de los recursos disponibles).

[14] Rizzi, Guillermo F., "Los DESC como Derechos Fundamentales frente a las nociones de acceso a la Justicia. El caso del derecho a la educación y a la salud en la Provincia de Buenos Aires", publicado en LLBA 2014 (Marzo).

[15] Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás, "La deconstrucción del derecho administrativo argentino", Ed. Lajouane, año 2009, aclaran que "La función del derecho administrativo no es garantizar el *statu quo*, sino el hacer efectivos los derechos reconocidos por nuestra ley fundamental al ciudadano".

siguiendo a los clásicos[16], apuestan a la desmitificación del Derecho Administrativo desde finales de la década del '90, advirtiendo que se ha tratado hasta ahora de un derecho "estadocéntrico" que viene a justificar las prerrogativas gubernamentales consintiendo sus abusos. Botassi y Oroz, señalan que este tipo de Estado viene en retirada y "se afianza un Derecho antropocéntrico preocupado por las vicisitudes cotidianas de los seres humanos que habitan en los expedientes, expuestos a los rigores cada vez más inescrupulosos de los detentadores del poder político y económico[17]".

Esto está emparentado a la idea de todo abogado de no diferenciar el acceso a la Justicia del acceso al Poder Judicial, en este último caso, por más que ampliemos la legitimación, el acceso siempre es limitado –incluso por la falta de infraestructura acorde– y el trayecto es largo, tedioso, donde a veces uno se queda en el camino y otras veces no logra el cometido, o no obtiene frutos sino cuando ya es demasiado tarde. No todos acceden en términos reales y, lo que resulta más grave, no todos egresan, mucho menos con sus objetivos iniciales cumplidos[18]. Además, en definitiva, a efectos de concretar la ejecución de sentencias de condena, sean o no de alcance colectivo, que supongan definir e implementar una política pública, lo que existe es una vuelta a la administración, que –si bien condicionada por la sentencia– continúa siendo protagonista.

Sin políticas judiciales dirigidas a la búsqueda de consensos, con posturas dialoguistas, tampoco se llega a buen puerto. Por

---

[16] El maestro Bielsa decía en la década del '20 que el derecho administrativo "se hace en la horma del derecho constitucional, por lo que tendrá siempre el carácter o fisonomía del derecho constitucional de cada Estado", ver el desarrollo de la idea en BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", p. 135, t.I, 1921.

[17] Botassi, Carlos A. y Oroz, Miguel H. E., "Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", p. 16, 2da. Edición, Librería Editora Platense, 2011.

[18] Verificar lo expuesto en Sucunza, Matías A., "Lecturas acerca del caso 'B.A.F.' de la SCBA. La dimensión del tiempo como garantía y las respuestas institucionales en el reconocimiento de derechos económicos y sociales urgentes.", Cita: MJ-DOC-6556-AR | MJD6556 del 26-dic-2013. Y ver fallo A-70.138, "B.A F.", sent. del 3-VIII-2013, de la SCBA.

eso entiendo que la primera herramienta para lograr la modificación de esta realidad es la modernización del procedimiento administrativo, más allá de la necesidad de *aggiornar* el Poder Judicial. Dice Villafañe que la prédica según la cual el paso por la Administración es inútil o un dispendio y que, en cambio, en el Poder Judicial el ciudadano encontrará todas las respuestas a sus conflictos tampoco es veraz, porque la función administrativa debería dar las respuestas adecuadas, sin dilaciones indebidas y sin que sea menester a ese efecto una condena judicial previa[19]. Concuerdo en que la verdadera realización de todos los derechos requiere de cambios sociales significativos, que exceden las posibilidades y la naturaleza de la jurisdicción.

La aplicación interna del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no puede quedar reducida a la acción del Poder Judicial porque es el Estado, con todos sus componentes (o en sentido lato), el que está obligado ante la comunidad mundial en la implementación de esas normas internacionales. El doctor Fabián Salvioli[20] al referirse al "acceso a la justicia" remarca que uno de los errores que cometemos permanentemente los abogados reside en la vinculación directa del término Justicia con el Poder Judicial. La Justicia es un valor y como tal debe ser encarada desde un punto de vista filosófico, si es que lo que buscamos es que "se haga Justicia".

Como hemos sostenido en otras oportunidades[21], el problema social no es visto a través del prisma de los Derechos

---

[19] Villafañe, Homero M., "Procedimiento administrativo en clave individual y en clave colectiva", publicado en la Revista ADACiudad, versión digital, diciembre de 2016, disponible en http://www.adaciudad.org.ar/docs/Villafa%C3%B1e-Procedimiento-administrativo-en-clave-individual-y-en-clave-colectiva.pdf. Y ver fallo A. 71.230, "Gutiérrez", sent. del 15-VII-2015, de la SCBA.

[20] exPresidente del Comité Internacional de los DDHH, 2015-2017.

[21] Traverso, María C. y Rizzi, Guillermo Fabián, "Estándares internacionales y tendencias jurisprudenciales actuales sobre el derecho a una vivienda adecuada en la Provincia de Buenos Aires", en http://www.adaciudad.org.ar/docs/Estandares-internacionales-y-tendencias-jurisprudenciales-actuales-sobre-el-derecho-a-una-vivienda-adecuada-en-la-PBA.pdf

Humanos, tampoco se utiliza un lenguaje que exprese esos problemas sociales en términos de violaciones a Derechos Humanos[22]. Esta situación aparece claramente en los medios masivos de comunicación, que son reflejo de alguna manera de la percepción social. Está claro que es en la persona donde convergen de manera indivisible todos los derechos. Visto de tal modo nos permitirá sumar otras alternativas a la vía jurisdiccional, superando la dicotomía entre justicia y legalidad.

III. El contexto digital de las reformas en marcha[23]

Dice Corvalán que esta ola de digitalización no es un fenómeno local. Por el contrario, existen múltiples resoluciones y recomendaciones de organismos internacionales (ONU, OEA, CLAD) que vinculan al desarrollo sostenible de los países con la implementación del Gobierno y de la Administración Digital. En Argentina se ha consolidado un sistema normativo digital análogo al implementado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde el año 2008.

El marco regulatorio del Gobierno y la Administración Digital a nivel nacional está compuesto por leyes, decretos, resoluciones y disposiciones a los que se agregan los muy recientes decretos nros. 891/2017 y 894/2017[24], junto al "mega"

---

[22] Ni siquiera a través del llamado litigio de interés público (public interest law), si solo lo vemos acotado al esquema judicial, que es la denominación que se la asignado a los esfuerzos por proveer representación legal a grupos e intereses que carecían de ella. Tales esfuerzos son asumidos en atención a que el mercado ordinario que presta los servicios de asistencia legal falla en proveer tales servicios a segmentos significativos de la población y de intereses. Tales grupos e intereses incluyen a los pobres, los ambientalistas, los consumidores, las minorías raciales y étnicas y otros (ver en pág. 121 en nota al pie 337, Vallefín, Carlos, "La protección cautelar frente al Estado", ED. Lexis Nexis, 2002).

[23] Sigo a Corvalán, Juan G., "Hacia una administración pública digital", en Temas de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Erreius, Agosto de 2017; y "Reformas al procedimiento administrativo nacional (I y II)" en http://dpicuantico.com (noviembre de 2017).

[24] El primero se denomina "Buenas prácticas en materia de simplificación". El segundo es una modificación del Reglamento del antiguo Decreto Ley nro. 19.549 que regula el procedimiento administrativo nacional argentino desde 1972. El Decreto nro. 894/17

Decreto de Necesidad y Urgencia 27/2018[25] que, en veintidós capítulos, atraviesa casi doscientas normas que abarcan, en principio, a la gestión de ocho Ministerios. Esto busca profundizar la reforma del Estado federal, reduciendo asimismo diversos costos ganando mayor competitividad, todo esto en el marco del plan estatal de achicamiento del gasto público, que se lleva adelante desde abril de 2016. Los objetivos, reglas y principios que surgen de las normas señaladas, aspiran a consolidar un modelo opuesto al que suele caracterizar al procedimiento administrativo, transformando el enfoque, las prácticas, ciertas reglas y principios, en razón de la implementación de tecnologías de la información y de la comunicación (TICs).

Las "buenas prácticas en materia de simplificación" se asientan en tres grandes aspectos. Por un lado, propone "adoptar un enfoque integral, creativo e innovador", adoptando una "estrategia sistémica". Por otro lado, la norma se asienta en los ejes rectores de eficiencia, confianza mutua, fortalecimiento institucional, gestión por resultados, predictibilidad, mejora continua y calidad de atención. Estos ejes o postulados se corresponden con la enunciación de principios que asumen un rol central en la era digital como los de simplificación, reducción (costos, complejidad, cargas, tiempos, etc.), agilización, facilitación, flexibilidad, coordinación, comunicación y cooperación. "Poner en el centro al ciudadano (centralidad del usuario), a partir de facilitar su vida, tornando más accesible e incluyente la prestación de los servicios[26]".

Las modificaciones al Reglamento de Procedimientos Administrativos, por su parte, se relacionan con la idea de condensar otros textos vinculados a la Administración digital y promover

---

modifica el texto anterior del Reglamento de Procedimientos Administrativos -Decreto nro. 1759/72 T.O. 1991-). Se pueden consultar en https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/174018/20171102 y https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/174019/20171102

[25] Consultar en https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/177429/20180111

[26] Ampliar en Corvalán, op. cit.

la transición del procedimiento papel a uno en donde la Administración Pública utiliza tecnologías de la información y de la comunicación. No se trata por tanto de un cambio de fondo como sería ingresar a las cuestiones de legitimación individual y colectiva, etapas de control, recursiva y de notificaciones, pero es plausible porque no hay que minimizar el impacto que conlleva el uso de TIC por parte del Estado.

Las reformas introducidas se vinculan entonces con el acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación y, específicamente, "el derecho a relacionarse digitalmente con la Administración que presupone abordar la brecha digital (las personas que no están conectadas) y también abarca el derecho a una asistencia digital y el derecho a una pronta respuesta digital. Todo ello enmarcado en el Plan de Modernización del Estado (aprobado por decreto nro. 434/2016[27]) que entre otros aspectos, se propone diseñar una Administración Pública flexible y orientada a la gestión por resultados, impulsando estructuras y organizaciones simples, centradas en el servicio al ciudadano y en mejorar su calidad de vida[28]".

La publicación del Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 27/2018 de desburocratización y simplificación, en plena época estival, me lleva a primeras conclusiones en el sentido de la necesidad de cambios más urgentes que profundos. Las modificaciones propuestas, más allá de los plausibles considerandos[29], no dejan de plantear una visión desde la conveniencia del Estado a partir de la comunicación con los habitantes, más que las necesidades de estos últimos respecto a las relaciones diarias con la administración pública. A simple vista parece otra oportunidad perdida para el cambio real, profundo y efectivo de las leyes de

---

[27] Consultar en https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNormaBusquedaAvanzada/141618/20160302

[28] Ampliar en Corvalán, op. cit.

[29] Que hacen referencia permanente a la gestión por resultados y la modernidad pero mantienen nominaciones como "administrado/s" para designar a aquel/llos para los que estarían destinadas principalmente las reformas.

procedimiento administrativo, lo que de ningún modo podría generarse a través de normas como la propuesta por el ejecutivo federal. En unos meses seguramente la bicameral encargada de estas cuestiones analizará este decreto, quizás lo apruebe y lo transforme en ley, si así fuera entiendo que ello no suplirá la falta de legislación acorde a los tiempos que corren.

Desde las reformas constitucionales, nacional y provincial de 1994, el Estado se comprometió con el impulso a la operatividad de los derechos. En atención a ello no veo que se avance en la dirección correcta porque la clasificación tripartita de situaciones jurídicas activas clásicas (derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple) se muestra actualmente insuficiente[30]. A la par de los derechos o intereses individuales existen derechos colectivos o de incidencia colectiva (protección o remediación del medio ambiente, natural y urbano; de lugares o monumentos históricos; de yacimientos arqueológicos o paleontológicos; de pueblos originarios; de usuarios y consumidores, etc.).

El reconocimiento de una categoría de derechos de incidencia colectiva ha incidido en el ámbito procesal, abriendo las puertas a enjuiciamientos colectivos y mientras ello sucede, increíblemente, la regulación del procedimiento administrativo permanece inmutable. En definitiva, ya no puede reconocerse condición de parte interesada en el procedimiento administrativo sólo a aquellos que ostenten derechos subjetivos o intereses legítimos, debiendo abrirse paso a los que pretendan actuar en defensa de derechos de incidencia colectiva y aún –según el caso– a quienes tengan interés en un buen gobierno[31]. El habitante de las comunidades pretende participar en la definición del interés público. Hoy se exigen resultados, no solo reclamar, conocer, participar o colaborar en su definición y, en tanto las decisiones públicas lo impactan vitalmente, se exige que éstas sean suficientemente motivadas, es decir, que expresen las causas que las justifican, su objeto y finalidad.

---

[30] Villafañe, op. cit.

[31] Villafañe, op. cit.

En definitiva, se pretende una gestión pública de calidad. En tal sentido es que aparece la necesidad de construir canales de participación y aunque desde la perspectiva de la participación procedimental la modalidad más difundida es la audiencia pública, no es la única[32]. Villafañe señala que un presupuesto fundamental de cualquier participación ciudadana es el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información pública[33]. Es importante garantizar que los derechos de los habitantes resulten efectivos, que los recursos públicos sean invertidos o gastados con transparencia, eficacia, eficiencia, economicidad, que se gestione en función de resultados, que se establezcan estándares o parámetros de medición, de tiempos, cantidades invertidas, resultados obtenidos y que se ponderen los costos medio-ambientales de cada proyecto. En tal sentido, los pilares de un gobierno realmente abierto son la transparencia y acceso a la información pública; la rendición de cuentas públicas; la participación ciudadana; y la colaboración e innovación pública y ciudadana.

---

[32] En el ámbito federal argentino, mediante el Decreto 1172/2003 se aprobaron: i) el reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional; ii) el reglamento general para la elaboración participativa de normas y iii) el reglamento general de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos.

Villafañe, op. cit., remarca que como subespecies de la elaboración participativa de normas podemos mencionar: i) los documentos de consulta; ii) la intervención en la etapa de elaboración de proyectos de bases y condiciones de contrataciones; y iii) los presupuestos participativos.

[33] Ley 27.275, cuyo objeto es "garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia en la gestión pública" (art. 1); sus principios rectores: presunción de publicidad, transparencia y máxima divulgación; informalismo; máximo acceso; apertura, disociación; no discriminación; máxima premura; gratuidad; control; responsabilidad; alcance limitado de las excepciones; 'in dubio pro petitor'; facilitación; buena fe (art. 2); reconoce legitimación activa a toda persona humana o jurídica, pública o privada, sin que pueda exigírsele la acreditación de derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado (art. 4). La citada ley entró en vigencia al año de su publicación en el Boletín Oficial, es decir, el 29-IX-2017 ppdo.

IV. El principio cardinal de Buena fe en la relación que existe con la administración pública[34]

Ninguna circunstancia debe alterar los principios de buena fe, ni los deberes de lealtad y confianza, derivados de aquél principio, en el ejercicio del poder jerárquico y organizacional[35], más aún cuando se podrían ver afectados derechos constitucionales de los particulares, meros colaboradores de la Administración a la hora de confluir en el interés público.

En tal aspecto, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que "Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fé es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado", pues "resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro[36]".

Me pregunto entonces, por ejemplo, cuales son los desafíos actuales de la Administración Pública frente a las complejas realidades de nuestra Provincia de Buenos Aires. Sin dudas estarán vinculados a la aplicación efectiva de sistemas de boletines oficiales digitales y a las iniciativas de mejora regulatoria para la transparencia administrativa con previsibilidad jurídica. También al aporte de un sistema de Gestión Documental Electrónica Buenos Aires (GDEBA), con acceso simple para cualquier ciudadano, caminando aunque sea lentamente pero a paso firme, hacia la despapelización de la administración pública, con nuevos paradigmas de los procesos legislativos pero al mismo

---

[34] Completar con mi trabajo "En vista de la buena fe", publicado digitalmente para la Universidad Nacional de La Plata, Argentina, noviembre de 2017, http://sedici.unlp.edu.ar/

[35] González Pérez, Jesus, "El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo", Editorial Civitas, Madrid, 1989, pp. 121, 122.

[36] Fallos 315:158, citado por Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", T° 3, 8ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2004.

tiempo con visiones de inclusión, transformación y capacitación en el empleo público.

Hay otras normas y programas como el de modernización del estado que ya son una realidad, podemos señalar en tal sentido el nuevo decreto de contrataciones 1300/2016, que aprueba la reglamentación de la ley 13.981 que data de 2009, sobre compras, contrataciones, implementación de sistemas electrónicos, transparencia y publicidad; o la reciente ley 14.920 de adhesión al régimen nacional de contratos de participación público privada; también la digitalización de las partidas y su acceso vía internet para pedirlas al Registro de las Personas, junto a las crecientes posibilidades de comenzar y finalizar trámites por internet, incorporando aplicaciones como la que permite denuncias en comisarías, pedir turnos en oficinas públicas o efectivizar rápidamente el estacionamiento medido, o conocer los horarios de arribo a paradas de los ómnibus locales. Como puede observarse las posibilidades son infinitas frente al incesante avance tecnológico.

Se propone el abandono entonces, como dije más arriba, de la idea de concebir al Estado como proveedor exclusivo del interés general o el bien común y dejar al mismo tiempo de considerarse a los habitantes como meros colaboradores de aquél, pasándose a una concepción moderna, por ejemplo mediante la vía de la apertura del acceso a los expedientes tanto en clave individual como colectiva, encaminados hacia una sinergia libre de trabas, única manera por cierto de interpretarla.

El procedimiento administrativo, ya lejos de la idea de la justicia revisora, se enfrenta ahora un nuevo cambio de paradigma constituido por los avances de la tecnología digital y necesitará una armonización que le permita ser una herramienta de transformación más que de obstaculización de derechos. Desde mi punto de vista quizás un poco alejado de las visiones optimistas, queda mucho por hacer, por no decir todo. No alcanzará con adoptar ideas que lo alejen definitivamente del habitante[37] pero tampoco

[37] Completar la idea en D'Argenio Inés A., "La justicia administrativa en Argentina", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006. La profesora desarrolla la postura

con simplismos que proclamen que la administración digital ofrecerá rápidamente todas las respuestas. Por caso, mientras no se exija patrocinio obligatorio no podremos "dar por hecha" una notificación sin plazo de gracia porque lo tramitamos mediante un expediente digital. Hacerlo sería desconocer un derecho pretendiendo que todo habitante pudo tener acceso vía internet cuando sabemos que aún estamos lejos de ello.

Al mismo tiempo existen cuestiones centrales para lograr una administración ágil, que escapan a la extensión pensada para este trabajo, pero se relacionan directamente con los principios de Buena fe y el Derecho Humano a la Buena Administración, en cuanto a temas que también pueden incluirse, haciendo recortes de la realidad administrativa provincial, por ejemplo el problema de las notificaciones[38]; el sistema recursivo[39]; el dictamen jurídico previo[40]; la intervención clara, precisa y efectiva de los organismos de control y asesoramiento[41]; el debido proceso frente a las fuentes supranacionales[42]; la legitimación en el procedimiento administrativo, incluso en el esquema colectivo, donde se necesita superar las restricciones

---

más extrema, que tiende a la supresión de la instancia administrativa, basándose en que se trata de un ritualismo inútil, dilatorio u obstructivo del juzgamiento judicial, donde el Poder Ejecutivo no revisa su conducta en sede administrativa. Los procedimientos administrativos quedan reducidos a la actuación de la administración frente a sus propias necesidades de organización administrativa, ya sin necesidad de que el particular presente un recurso frente a un acto que lo lesiona o afecta. Por otro lado el habitante optaría por reclamar ante la Administración o activar directamente la instancia judicial.

[38] Sean en papel o digitales si son nulas no pueden tener ningún plazo de "renacimiento". Si son digitales solo pueden ser efectivas las que aseguren que el habitante pudo tener acceso real a las mismas.

[39] Soy de los que opinan que debe existir un sistema único-recursivo, con plazo único de al menos 30 días hábiles administrativos.

[40] Como parte esencial de la conformación de la voluntad de la administración deben adoptarse consecuencias claras y directas para los casos en que no se respeta.

[41] El realce de los órganos de asesoramiento y control es fundamental para brindar transparencia a la gestión.

[42] En tal sentido a la hora de emitir opinión no pueden desconocerse como si no tuvieran aplicación en el derecho interno, lo contrario nos llevará a seguras sentencias de condena en el ámbito federal e internacional.

normativas y jurisprudenciales[43]; o la relación del procedimiento administrativo con la teoría del acto administrativo[44].

Para lograrlo intuyo que solo se precisan legisladores comprometidos con el proyecto, con el cambio de mentalidad que se impone y que sean capaces de legislar sobre reglas, no sobre excepciones.

V. Conclusiones

La relación "ciudadanos-procedimiento administrativo" a lo largo del siglo XX, en gran medida ha sido una suerte de procesión de oficinas, papeles, direcciones, filas y pedidos de hablar con un superior o un jefe. Una especie de "purgatorio burocrático" en palabras de Corvalán[45].

En el mundo de las bitcoins, blockchains, notificaciones y expedientes electrónicos, firma digital, gobierno abierto o electrónico, no debiéramos privarnos como sociedad civil del logro de un acceso asegurado a nuestros requerimientos frente a la

---

[43] Cuanto mayor sea la amplitud de acceso menor será la posibilidad de lesionar derechos, con consecuencias judiciales para la gestión pública.

[44] Todos estos temas pueden estar incluidos en una futura, pero no por ello postergable, nueva Ley de Procedimientos Administrativos provincial, que pueda trabajarse en conjunto con miembros del Estado provincial, funcionarios y académicos, como se hizo en su momento con la ley 12.008 –vigente para el proceso contencioso– y que hoy aún encuentra sustento en el decreto 1044/2010 que creó la "Comisión para el Estudio y Análisis del Decreto-Ley Nº 7647/70 y modificatorias", "(c)on el objeto de realizar un examen integral de las normas que regulan el procedimiento administrativo en el ámbito provincial y elevar al Poder Ejecutivo una propuesta de las reformas legislativas y reglamentarias que resulten necesarias y convenientes introducir en el ordenamiento jurídico provincial".

[45] Corvalán, op. cit. incluso propone verlo de manera más gráfica con la película argentina Relatos Salvajes: "En una de las historias que componen el film, Ricardo Darín encarna a un personaje llamado "Bombita". Este hombre de ficción, representa de manera cruda y extrema, el agotamiento ciudadano por la burocracia y una venganza salvaje por fuera de la ley, a raíz de que le habían llevado el vehículo varias veces porque entendían que lo dejaba mal estacionado. "Bombita", un experto en explosivos, vuelve a dejar a propósito su auto mal estacionado, pero esta vez lo llena de material explosivo para que se lo lleven. La grúa acarrea el vehículo y una vez estacionado en la oficina estatal en donde se alojaban los autos en infracción, "Bombita" hace explotar el vehículo. Paradójicamente, en Youtube el video se puede encontrar bajo el título: reclamaciones a la Administración Pública".

administración pública. Para ello los gobernantes deben asumir la existencia de una importante brecha digital en la población. Es que, llegados a tal punto, tener o no tener razón en el reclamo pasa a un segundo plano, si lo que no tenemos es un acceso asegurado y adecuado al procedimiento administrativo, sea en clave individual o colectiva[46], sea digital o "en papel". El contacto con la administración es permanente, porque fluye desde el acta de nacimiento hasta la defunción y porque en ese trajín de vida, es muy posible que si no tenemos un accidente, una mala relación laboral o un divorcio, jamás concurramos a la sede judicial. Siempre digo que mi padre fue un hombre simple, nunca tuvo un caso judicial hasta su muerte, recién luego de ella los hijos tuvimos que hacer la sucesión y él tuvo entonces su –póstumo– "*day in court*".

Debe interpretarse entonces que cuando la Convención Americana de Derechos Humanos[47] (conf. "Herrera Ulloa" y varios fallos más de la C.I.D.H.[48]), se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

Comenzada la era digital no me niego a ella, ni por mi edad, ni por la ignorancia, tanto como asumo mi condición de ser un "no-nativodigital", pero al mismo tiempo no quiero creer en la posrealidad, porque la lucha por los derechos de acceso a la información pública, o al expediente administrativo y, finalmente, a la acción judicial, siempre está enmarcada en

---

[46] Recomiendo, una vez más, la lectura del trabajo de Villafañe, Homero M., "Procedimiento administrativo en clave individual y en clave colectiva", publicado en la Revista ADACiudad, versión digital, diciembre de 2016.

[47] Los cita Gutiérrez Colantuono, Pablo A., Justo, Juan B. (Colaborador), en "Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 67, por ejemplo los casos "Panel Blanc"; "Lori Berenson" y "Mejía".

[48] Ampliar en Botassi, Carlos A., "Debido proceso, fuentes supranacionales y procedimiento administrativo", Revista La Ley, 10/03/2015, 5.

una única realidad, que es la que gobierna el día a día de los habitantes de cualquier comunidad.

Bibliografía consultada

Abramovich, Victor y Courtis, Christian (1997). "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Crítica de Derecho Social* nº 1 Ed. Del Puerto, Buenos Aires, Argentina.

Balbín, Carlos F. (2014). "Un Derecho Administrativo para la inclusión social", publicado en *Revista Dereito Administrativo y Constitucional. Volumen 14, número 58. En línea en: http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/73*

Beltrán Verdes, Esteban (2014). *Desarrollo de Derechos Económicos y Sociales y Abolición de la Pobreza.* Instituto de Derechos Humanos, Universidad Nacional de La Plata. Argentina. En línea en: http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/es/noticias/eventos-realizados-en-2012/mayo-2012/

Bielsa, Rafael (1921) *Derecho Administrativo*. Editorial La Ley t.I, Buenos Aires, Argentina.

Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás (2009). *La deconstrucción del derecho administrativo argentino,* Nueva Edición. Buenos Aires, Argentina. En línea en: http://nicolasdiana.com.ar/archivos/La-Deconstruccion.pdf

Botassi, Carlos A. y Oroz, Miguel H. E. (2011). *Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, 2da. Edición, LEP, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina.

Botassi, Carlos A. (2015). "Debido proceso, fuentes supranacionales y procedimiento administrativo", Revista *La Ley,* Buenos Aires, Argentina.

— (2017). "Las relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo", publicado en *Revista Argentina de Derecho Público*, IJ Editores,. En línea en: https://ar.ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=223

Corvalán, Juan (2017). "Hacia una administración pública digital", en T*emas de Derecho Administrativo.* Ed. Erreius, Buenos Aires.

— (2017). " ¿Qué hay de nuevo viejo? Reformas al procedimiento administrativo nacional (I y II)". En *Diario Administrativo*

Nro. 177. En línea en: https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/11/Corval%C3%A1n-Parte-II.pdf

D'Argenio Inés A. (2006). *La justicia administrativa en Argentina*. F.D.A. (Fundación de Derecho Administrativo), Buenos Aires, Argentina.

González Pérez, Jesùs (1989). *El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid.

Gordillo, Agustín (2004). *Tratado de Derecho Administrativo*. T° 3, 8ª edición, Buenos Aires, F.D.A. (Fundaciòn de Derecho Administrativo).

Gutiérrez Colantuono, Pablo A. (2009). *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Rizzi, Guillermo (2017). "En vista de la buena fé" en *Ética pùblica y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público*. Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

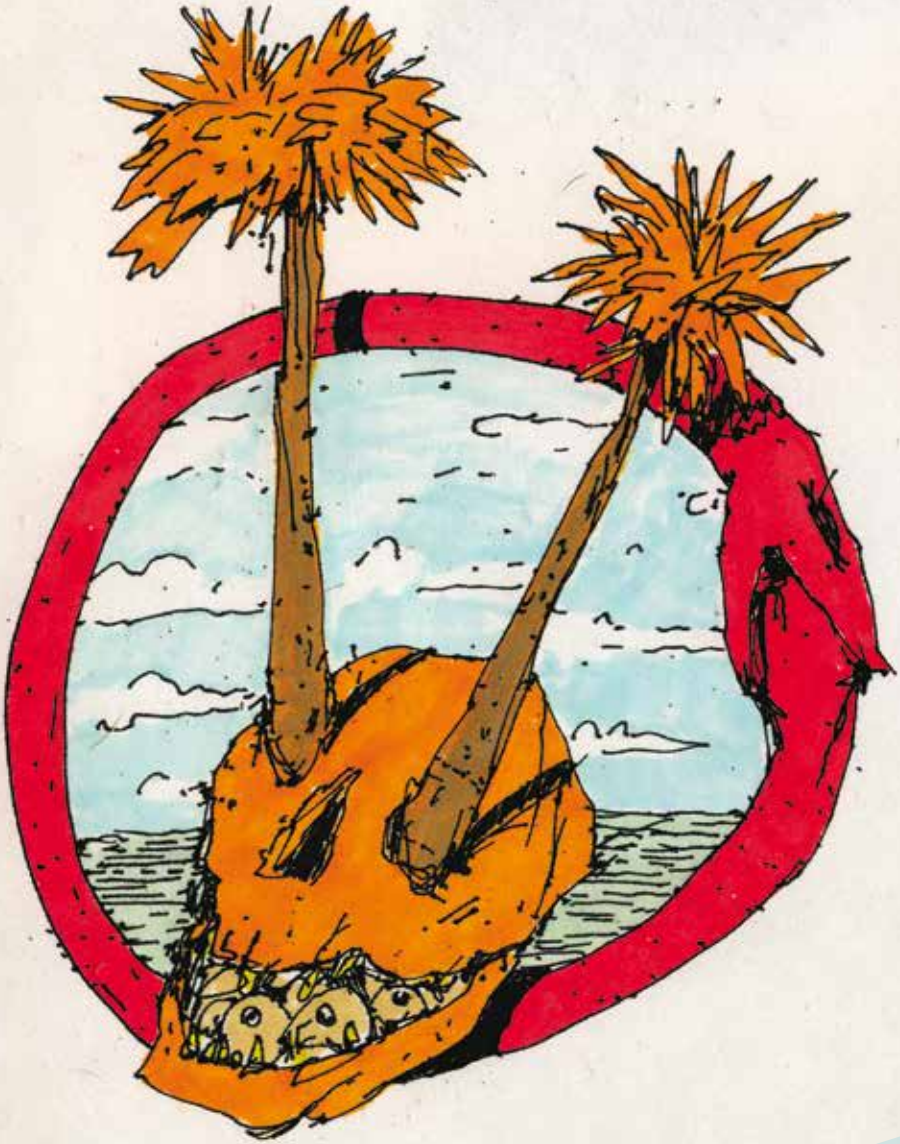
Traverso, María y Rizzi, Guillermo Fabián (S/A). "Estándares internacionales y tendencias jurisprudenciales actuales sobre el derecho a una vivienda adecuada en la Provincia de Buenos Aires" EN Revista áDA Ciudad. En línea en: http://www.adaciudad.org.ar/docs/Estandares-internacionales-y-tendencias-jurisprudenciales-actuales-sobre-el-derecho-a-una-vivienda-adecuada-en-la-PBA.pdf

Ucín, Marìa Carlota (2011). *La tutela de los derechos sociales*. Editorial Platense, La Plata, Argentina.

Vallefín, Carlos (2002). *La protección cautelar frente al Estado*. Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina.

Villafañe, Homero (2016). "Procedimiento administrativo en clave individual y en clave colectiva", publicado en la *Revista ADACiudad*. En línea en: http://www.adaciudad.org.ar/docs/Villafa%C3%B1e-Procedimiento-administrativo-en-clave-individual-y-en-clave-colectiva.pdf

Von Ihering, Rudolph (1872). *La lucha por el derecho*. Biblioteca Virtual Universal. Editorial del Cardo. Digitalizado por Raul Eduardo Irigoyen. Buenos Aires, Argentina. En linea en: https://www.researchgate.net/publication/265111128_La_lucha_por_el_derecho



V. TETTAMANTI

COMENTARIO A LEGISLACIÓN

Gurkas

Mercenarios de perfil bajo
(los únicos que los vieron
ya no están)

Cuchillos fantasmales
cortando los sueños

¿Pero acaso nosotros
no veníamos del país de
las picanas sobre panzas
embarazadas?

¿Quién le tenía que tener
miedo a quién?

(de *Soldados*)

Autor: *Gustavo Caso Rosendi*

El sistema de los DDHH y sus jerarquías normativas

Alicia Pierini[1]

1. Los derechos humanos como sistema

Un sistema es un conjunto de principios o de partes sobre una materia, enlazados entre sí, ordenados de modo que formen un cuerpo de doctrina.

Se trata de un conjunto de elementos en interacción, que puede considerarse también como una complejidad organizada.

La Teoría de Sistemas proviene del campo científico. Al sistema se lo estudia como un todo, de forma integral, tomando como base sus componentes y analizando las relaciones e interrelaciones existentes entre ellos.

Hasta la década del 90 no se había incorporado una mirada sistémica para la comprensión del derecho. Por el contrario, el mundo académico y docente fue dividiendo en porciones separadas cada sector jurídico. En la práctica el segmento del derecho civil, estaba ajeno al segmento del derecho penal, y ambos ajenos al derecho administrativo, por ejemplo, entre otras fracciones del vasto espacio de la normativa existente. (Derecho aeronáutico, marítimo, laboral, internacional, agrario, minero, etc. etc.)

Pero la transversalidad de los Derechos Humanos cambió ese criterio de concepciones diversificadas casi al mismo tiempo que se fue elaborando un Derecho Ambiental, un Derecho a la

---

[1] Abogada (UBA). Ex Subsecretaria de Derechos Humanos (1991-1997). Ex Convencional Constituyente (1996). Ex Legisladora de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1997-2003). Ex Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2004-2008 / 2008-2014). Personalidad Destacada en el Ámbito de los Derechos Humanos por Ley 5355 (2016). Actualmente Docente universitaria de posgrado. Presidenta del Instituto Argentino de Derechos Humanos. Miembro del Consejo Académico del Instituto Internacional de Derechos Humanos.

Salud, de los Niños y Adolescentes, etc. con el objeto de que se integren en el vasto cuerpo de los Derechos Humanos.

Hasta llegar a comprender que los Derechos Humanos no son un conjunto de normas sueltas, sino un *Sistema Normativo de Derechos Humanos* que, post globalización, incluye también numerosas pautas del Derecho Internacional.

2. El proceso en Argentina hacia la generación del sistema

a) El paso inicial fue indudablemente la recuperación de la democracia en diciembre de 1983. Y su primer fruto: el ingreso al Sistema Interamericano a partir de la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos. El primer Parlamento de la democracia lo sancionó el 01/03/84 por ley 23054 sobre el proyecto enviado por el Presidente Raúl Alfonsin, y éste promulgó dicha ley el 19/03/84. No obstante, la entrega del documento ante la Organización de Estados Americanos se demoró hasta que el decreto presidencial incorporó las reservas de Argentina a saber:

"1. Reserva: El artículo 21 queda sometido a la siguiente reserva: "El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica de gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales Nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', y ni lo que éstos entiendan por 'indemnización justa.

2. Declaraciones interpretativas: El artículo 5, inciso 3, debe interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender directamente de la persona del delincuente, esto es, no cabrán sanciones penales vicariantes.

El artículo 7, inciso 7, debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la "detención por deudas" no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando

la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente.

El artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el "error judicial" sea establecido por un Tribunal Nacional".

En el instrumento de ratificación de fecha 14/08/1984, depositado el 5/09/1984 en la Organización de Estados Americanos, el gobierno argentino reconocía la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido.

Se dejó constancia asimismo, que las obligaciones contraídas en virtud de la Convención *sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento.*

b) El segundo paso lo produjo el Poder Judicial, y fue el fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional en autos "Ekmekdjian c/Sofovich" del año 1992.

Algunos párrafos que marcaron una nueva etapa jurídica se trascriben a continuación. Textualmente: *"la Corte considera que esta cuestión se esclarece si se la estudia desde la perspectiva del derecho internacional de los Derechos Humanos (…) una de las características de ese derecho establece la necesidad de distinguir los tratados internacionales sobre derechos humanos de los tratados de otra especie. El fundamento jurídico de esta posición reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyo destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios"*

Explicita la Corte que *"cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otros Estados se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen" (#20)*

Y para mayor abundamiento afirma: *"que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su*

ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (Art. 86 Inc. 14 Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (Art. 67 Inc. 19 Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores de la Nación (Art. 86 Inc. 14, Constitución Nacional)." (#17)

En otro acápite, la Corte se basa en *"que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados - aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el cinco de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980 confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino" (…) (#18)*

"Esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino" (…) (#18)

"Tal fundamento normativo radica en el Art. 27 de la Convención de Viena, según el cual "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado" (#18)

En relación al hecho que estaba sometido a su consideración la Corte expresa: *"en el supuesto del Art. 14 punto 1 (del Pacto de San José de Costa Rica) su redacción es clara y terminante en cuanto otorga (…) el derecho de rectificación o respuesta aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación. La norma expresa:*

1. Toda persona por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión

reglamentados y que se dirigen al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley". (#20)

El fallo fue suscripto por la totalidad de los Jueces del Tribunal, cinco de los cuales condenaron al demandado a dar lectura de la primera hoja de la carta del actor en la primera de las audiciones que condujera el señor Gerardo Sofovich. Esa condena fue firmada por los Dres. Fayt, Cavagna Martínez, Barra, Boggiano y Nazareno. Los cuatro votos en disidencia correspondieron a los jueces Moliné O´Connor, Petracchi, Levene y Belluscio.

c) Pero el tercer paso con el que se alcanzó la doctrina del **Sistema de Derechos Humanos**, como nunca antes se había definido, fue durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la Organización de las Naciones Unidas, celebrada en Viena (Austria) en junio de 1993.

El huracán de la globalización a partir de los noventa, y la nueva tecnología digital de las comunicaciones transformaban los acuerdos preexistentes en redes de sistemas abiertos al mundo.

Los Derechos Humanos nacidos en 1948 habían sido fragmentados en rubros: derechos civiles y políticos por un lado y económicos, sociales y culturales por otro, agregado a ello la metáfora de las generaciones de los Derechos Humanos" (1ra, 2da y 3ra etc.) que en los años 90 iniciarían su derrumbe[2].

Mónica Pinto pone de manifiesto que la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy "contrariada" con la doctrina de las generaciones de derecho[3].

La Conferencia de Viena –sustentada por 171 países de todos los continentes, proclamó que los tres imperativos de la

---

[2] Rabossi, Eduardo, "Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché", pp. 49-50.

[3] Pinto, Mónica, Temas de derechos humanos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 56-57.

Conferencia serían: "la universalidad, las garantías y la democratización". Reafirmando la correlación "democracia-desarrollo-derechos humanos" y la adopción de iniciativas destinadas a proteger los derechos de las mujeres, los niños y los pueblos autóctonos.

En Viena se reafirmó que todos los derechos tienen su origen en la dignidad y valor de la persona humana, agregando: "*todos los derechos humanos son universales, indivisibles, e interdependientes y están relacionados entre sí*"

En coherencia con lo anterior, señalan que: la democracia, el desarrollo y el respeto de los Derechos Humanos y las libertades, son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. Afirmando que "*la falta de desarrollo no puede invocarse como justificación para limitar los Derechos Humanos. Los Estados deben eliminar todas las violaciones de los* Derechos Humanos *y sus causas así como los obstáculos que impiden realizar esos derechos. La generalización de la pobreza extrema inhibe el eficaz disfrute de los Derechos Humanos*".

Ese apotegma de principios que incumbe a todos los derechos, fueron consagrados en la Conferencia de Viena que los proclamó como: universales, indivisibles, Integrales, interdependientes, e interrelacionados; definiendo así a los derechos humanos como un *Sistema y no un conjunto de normas dispersas.*

3. La definición sistémica y la Constitución reformada de 1994

La incorporación de convenciones y tratados ratificados por ley argentina fue una acción de coraje y astucia, porque la cuestión de los Derechos Humanos no estaba incluida en el Núcleo de Coincidencias Básicas ni tampoco en los temas habilitados para la reforma. Ni tampoco en 1994 habían llegado a todo el mundo jurídico local las definiciones de la Conferencia de Viena.

Pero sí estaba concretándose –a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional– que la relación entre el derecho de las convenciones y el derecho interno, reclamaba una

modificación en los criterios cotidianos. Era necesario involucrar a los constituyentes del 94 en la temática de los Derechos Humanos, en los principios y pautas de las convenciones entonces vigentes, e integrar al sistema de los Derechos Humanos dentro de la construcción de la nueva Constitución Nacional.

No fue fácil, porque la cuestión de los Derechos Humanos no estaba en el Núcleo de Coincidencias Básicas ni tampoco en los puntos habilitados para la reforma. Y además, en materia de Derechos Humanos había estado siempre presente casi como única opción importante, enlazar a los Derechos Humanos con la etapa dictatorial del Terrorismo de Estado y sus crímenes de lesa humanidad.

Sin embargo, los tres bloques mayoritarios, y varios bloques minoritarios de la Asamblea Constituyente asumieron en conjunto la importancia de incorporar los Derechos Humanos al texto constitucional que se estaba elaborando. Finalmente la propuesta fue votada positivamente e incluso se acordó dejar como una ventana abierta para que en un futuro pudieran agregarse nuevas convenciones.

Actualmente el sistema constitucional y el sistema convencional se estudian en conjunto. Asimismo se trabaja en simultáneo el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad. Y ello obliga a deslindar en cada caso las jerarquías normativas.

En campos no jurídicos suelen confundirse las jerarquías normativas. Ello implica nuevos requerimientos y precisiones, particularmente necesarios para tener claro cuándo alcanza solo con la constitución y la ley, o si primero hay que revisar las Convenciones y la hermenéutica jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. La jerarquía normativa de los derechos humanos

De los 34 años de democracia que lleva la Argentina, durante los últimos 24 años incorporaron el Sistema de los Derechos Humanos integrando la normativa internacional y la

normativa local casi sin errores ni objeciones. La corporación judicial y jurídica es la única que ha aceptado y elaborado el cuerpo sistémico de los Derechos Humanos, y forma parte de la cotidianidad profesional.

No podemos decir lo mismo respecto del conjunto social y sus comunicadores que no siempre conocen el complejo de pautas y principios del Sistema de los Derechos Humanos. Y tampoco la docencia que normalmente enseña sobre los Derechos Humanos como la consecuencia trágica del Terrorismo de Estado y de sus víctimas.

Artículos constitucionales o convenciones internacionales no son normas superiores o normas inferiores. Sino que son un conjunto que conforman un determinado Derecho, y eso constituye un Sistema en tanto exista alguna relación entre los diferentes elementos. Cada una de ellos podrían estar sujetos a cambios en su composición. No obstante, ese Sistema estará ordenado jerárquicamente con sus distintos componentes en diversos niveles o rangos. La normativa es toda una, precisamente por el carácter sistémico de los Derechos Humanos. Y la diferencia de jerarquías es la resultante de las decisiones políticas respecto de los institutos que lo integran.

Dentro del Sistema subsisten los principios de: ley superior deroga ley inferior; ley posterior deroga ley anterior; una ley especial deroga (supera) a una ley general. De acuerdo con alguna jurisprudencia, en caso de conflicto entre dos normas de un Sistema jurídico se prefiere a aquella sancionada y promulgada por el órgano de rango superior sobre la sancionada y promulgada por un órgano de rango inferior.

Sin embargo, no todo es exacto. Por ejemplo: el principio de la ley penal más favorable se aplica como norma para el imputado aunque otras normas estuvieran vigentes al momento de la acción o del juicio. A su vez, las normas que regulan la producción de otras normas son jerárquicamente superiores a las que derivan de ellas.

En textos jurídicos, se habla de jerarquía lógica y jerarquía axiológica, ésta última cuando entre dos normas el intérprete atribuye un valor superior a una de ellas respecto de la otra. Y respecto de la jerarquía lógica, cuando una de ellas versa sobre la segunda. Hasta los noventa, la máxima jerarquía normativa se expresaba en la Constitución Nacional. Y la escalera jerárquica continuaba en las leyes, decretos, resoluciones, etc. Ya no es más así.

El control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables. Así ha reiterado en varios de sus fallos la Corte Suprema de Justicia Nacional que "*donde hay un derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido*"[4].

5. Control de omisiones según casos

En la construcción jurídica, más allá de lo que describa el Sistema Judicial existe por fuera de esa jurisdicción el Sistema Legislativo. Al legislador le corresponde el deber negativo de abstenerse de legislar en contra de la Constitución (norma superior), como el deber positivo de operar de acuerdo a los postulados y mandatos de las normas superiores. Entendiendo por tales, a la Constitución y desde hace pocos años también a las pautas y principios de las convenciones y tratados ratificados por el país.

Es indudable la trascendencia de la intersección del Derecho Interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; por la magnitud que debe cumplir la Argentina a

[4] Por ejemplo, la SCJN ha reiterado en "Halabi, Ernesto c/PEN. –Ley 25.873– Dto. 1563/04 s/Amparo Ley 16.986", de 24 de febrero de 2009 (Fallos, 332:111), concretamente en el consid. 12, párrafo cuarto, de la mayoría. Ésta estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el juez Fayt.

partir de la reforma constitucional de 1994 y los instrumentos internacionales.

La Constitución Nacional, los compromisos internacionales sobre Derechos Humanos y la interpretación que de éstos realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos conforman un bloque jurídico y axiológico.

La Corte Suprema de Justicia Nacional sostuvo: "*las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional e independientemente de las leyes reglamen*tarias" agregando que las declaraciones, derechos y garantías no son fórmulas teóricas sino que cada artículo posee fuerza obligatoria para los individuos y también para las autoridades y los legisladores.

6. El legislador, el sistema constitucional y el de convencionalidad

El legislador no está cautivo del sistema judicial. Desde su tarea legisferante realiza actuaciones concretas, pronunciamientos y cambios en los que puede aparecer la "Inconstitucionalidad por omisión".

Esta situación de tipo tensional entre la justicia constitucional y el parlamento pueden canalizarse en términos constructivos a fin de que no ocurran demasiadas frustraciones. Para Bobbio: "*toda norma jurídica puede ser sometida a tres valoraciones distintas e independientes entre sí: 1º la de su justicia: correspondencia entre la norma y los valores superiores, 2º la de su validez: que requiere sanción, promulgación, etc y 3º la eficacia: el efectivo cumplimiento de la norma por sus destinatarios*".

Para ir concluyendo, es obvio que la construcción sistémica de los Derechos Humanos como hoy la conocemos no es compatible con las clasificaciones anteriores que separan a los derechos en dos grupos: el de los civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Así como tampoco es aceptable mantener el criterio de las "generaciones de derechos", que por otra parte, son un resabio de la doctrina europea. Al respecto

de esto, el jurista Cançado Trindade plantea lo siguiente: "*mientras en relación con los seres humanos se produce una sucesión generacional, en el ámbito de los derechos se desarrolla un proceso de acumulación, es decir que los seres humanos se suceden al tiempo que los derechos se acumulan y se sedimentan*"[5]. En muchos países los progresos dentro de los derechos internos y del derecho internacional no han coincidido en el mismo tiempo. En algunos casos, el reconocimiento de los derechos sociales fue posterior al de los derechos civiles y políticos o viceversa.

Al día de hoy y a partir de la Teoría de Sistemas deben seguirse las pautas de no separar y distinguir conceptualmente a los derechos en diversas categorías pues violarían los Principios de Viena de integralidad, interdependencia, indivisibilidad, etc.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos utiliza la expresión "control de convencionalidad" para transmitir una señal a los jueces de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos en lo tocante a la faceta de examen de convencionalidad analizada en sede interna.

Así lo anuncia en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", en el que se ha pronunciado en los siguientes términos: "*La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre*

[5] Así lo denomina Cançado Trindade, Antonio, "Derechos de solidaridad", en Cerdas Cruz, Rodolfo y Nieto Loayza, Rafael, Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tº I, IIDH, San José de Costa Rica, 1994.

Derechos Humanos. En esta tares, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de la Convención Americana".

Dicho tribunal ha ido más allá, determinando que tal *control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio*. Así, en el "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú", puso de manifiesto que "los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" *ex oficio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Nacional sostiene que es "*un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 55), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango*"[6].

7. Síntesis final

Más allá de que se debiera profundizar aún más la coalición entre los Derechos Humanos, la Teoría de Sistemas y las normas internas más las convencionales del derecho internacional, resulta urgente que no sean solamente los miembros del Poder

[6] La Corte Suprema de Justicia Nacional se encarga de recordar que la exigencia del control de convencionalidad *ex officio,* además de otros casos anteriores, fue reiterada por el Tribunal Interamericano en un asunto contra nuestro país. Se trata del "Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina", Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011, párrafo 93.

Judicial y la academia jurídica quienes estudian, analizan y aceptan los nuevos tiempos y sus paradigmas. Es obvio que ello conlleva el esfuerzo de mantenerse al día con la normativa nacional y la internacional en materia de derechos humanos, como ocurre también en casi todos los campos de las ciencias.

Pero en las demás instituciones, donde los funcionarios tienen a su cargo las políticas públicas, no ha llegado aún a penetrar el Sistema Integral completo en Derechos Humanos. Por el contrario, permanecen manteniendo los paradigmas de la primera etapa democrática de los DDHH que consistió en la reivindicación de los derechos para las víctimas de la dictadura, la búsqueda de justicia y el derecho a la reparación material e inmaterial. Y apenas, de vez en cuando toman temas de discriminación, derecho a la vivienda, al trabajo, la salud y educación, manteniendo la segmentación de los derechos.

A más de dos décadas de la Reforma Constitucional, es urgente derramar en los espacios de las políticas públicas, los nuevos paradigmas de los Derechos Humanos, entrenando a los funcionarios públicos, sin diferencia de rangos, sobre los principios, pautas y preceptos elaborados en los últimos 25 años.

Bibliografía consultada

Albanese Susana (1997). *Derechos Humanos.* Tomos I y II. Editorial de Belgrano, Buenos Aires, Argentina.

— (1994). "Indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos" en Revista *El Derecho.* Buenos Aires, Argentina.

— (1995). "Panorama de los DDHH en la reforma constitucional*"* e*n* Revista *El Derecho.* Buenos Aires, Argentina.

Alexy Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios constitucionales. Madrid, España.

Bazán Victor (2014). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales.* Fundación Konrad Adenauer. Bogotá.

Bidart Campos, Germán (1997). Manual de la constitución reformada. *Tomo I y Tomo II.* Edición EDIAR, Bs. As, Argentina.

— (1994). *La interpretación del sistema de Derechos Humanos.* Edición EDIAR. Bs. As, Argentina.

Boggiano Antonio (1996). *Teoría del derecho Internacional, las relaciones entre los ordenamientos jurídicos.* Edición La Ley. Buenos Aires, Argentina.

Bulygin E. et al (1993). *El lenguaje del Derecho.* Edición Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

Cancado Trintade (1995). "Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los DDHH" en *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Universidad Autónoma de México.

Carrió Genaro (1986). *Notas sobre derecho y lenguaje.* Edición Abeledo Perrot. Bs. As, Argentina.

Ferrer Beltrán Jordi, Rodriguez Jorge (2011). *Jerarquías normativas y dinámicas de los sistemas jurídicos.* Edición Marcial Pons. Madrid.

Celso Lafer (1994). *La reconstrucción de los DDHH.* Edición Fondo Cultura Económica. México.

Hernández Marín (1998). *Introducción a la teoría de la norma jurídica.* Edición Marcial Pons. Madrid.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1980). *"Curso Interamericano de Derechos Humanos" en Curso* 2009 *Compilación*. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia. Santiago de Chile.

— (1996). *Estudios especializados de DDHH.* Editado por Thomas Buergenthal y Trindade. San José.

Gordillo Agustión (1996). *Derechos Humanos, doctrina, casos y materiales*. Editorial Fundación del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina.

Gros Espiell (1987). *Estudios sobre Derechos Humanos.* Estudios sobre Derechos Humanos. Vol 1. Caracas.

Hitters Juan (1993). *Derecho internacional de los DDHH.* Editorial EDIAR. Buenos Aires, Argentina.

Mariño Menéndez Fernando (2011). *Derechos Humanos en la sociedad global.* Edición CIDEAL. Madrid, España.

Nino Carlos (1989). *Ética y Derechos Humanos*. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina.

O'donnell Daniel (1988). *Protección internacional de los DDHH*. Comisión Andina de Juristas. Primera Edición. Lima, Peru.

Russo Eduardo (2009). *Derechos Humanos y garantías.* Edición Eudeba. Buenos Aires, Argentina.

El derecho a la identidad y su relación con el art. 579 del CCyC

Ana Lis Palacios

Introducción

Tal como ha sido justificado reiteradamente por los integrantes de la comisión redactora y es de público conocimiento, el Código Civil y Comercial (Ley Nº 26994)[1] contiene un sinnúmero de normas procesales. Especialmente en materia de derecho de familia, existe un capítulo dedicado a los "procesos de familia" en general y, a su vez, al regular cada instituto, establece reglas procesales específicas. No obstante las distintas opiniones existentes sobre las ventajas y desventajas de tal inclusión de normas procesales, lo cierto es que en determinados temas se puede asumir una actitud crítica de tales preceptos a la luz del nuevo paradigma de los derechos humanos con reconocimiento internacional.

En este trabajo, se procederá a analizar –sin pretender agotar tan vasta temática– el derecho humano a la identidad, sus caracteres e implicancias particularmente en relación al instituto de la filiación. Asimismo, se analizarán las normas procesales civiles y penales relativas a la prueba científica de ácido desoxirribonucleico (A.D.N.) y a los modos de su obtención, para luego evaluar si las mismas son compatibles con el nuevo paradigma mencionado y si permiten el ejercicio real y efectivo de los derechos de las personas.

En ese sentido, podremos analizar con actitud crítica las normas procesales involucradas y evaluar si las mismas respetan o no la constitución nacional y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

---

[1] Sancionada el 1/10/2014, y entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. En adelante CCyC.

I. Conceptualización de derecho a la identidad

La identidad personal es la cualidad que permite a cada cual ser uno mismo y no otra persona y a ser considerado como realmente es. En función de ella, los integrantes de una comunidad pueden conocer a *esa* persona, como ser humano único e irrepetible, con *esos* rasgos de personalidad propios.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), en el fallo Muller, el Dr. Petracchi en el considerando 12° de su voto expresó: "*La identidad es representada como un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado (…) por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo*"[2].

Ahora bien, es de resaltar que este derecho –así como sus derivados–, han tenido una importantísima evolución en los últimos años y se le ha reconocido una creciente relevancia, particularmente en el campo del derecho filial. Ello se debe a varios factores entre los cuales pueden señalarse el otorgamiento de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75 inciso 22, conforme a la constitución reformada en el año 1994), pero fundamentalmente a la propia historia e idiosincrasia de nuestro país.

El derecho humano a la identidad es, en primer lugar, uno de los derechos implícitos protegidos por el artículo 33 de la Constitución Nacional. Pero además de ello, tal como se mencionara, el Sistema Universal de los Derechos Humanos reconoce este derecho a la identidad tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 18), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y la Convención de los Derechos del Niño (artículos. 7 y 8). A su vez, dicha normativa internacional ha tenido repercusión en la legislación interna, especialmente en la Ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006 que receptan, entre otras garantías, la inmediata identificación e inscripción en un registro (Registro

[2] "Muller, Jorge s/denuncia", 13/11/1990, AbeledoPerrot, JA 1990-IV-574.

de Estado Civil y Capacidad de las Personas) y el acceso gratuito a la documentación de identidad personal.

Asimismo, puede mencionarse que hasta no hace mucho tiempo el estudio y conceptualización del derecho a la identidad, en el ámbito propio del derecho filial, reconocía una bifurcación en identidad estática o dinámica. La primera –que se relaciona más estrechamente con la filiación por naturaleza– prioriza la verdad o realidad biológica y la identificación de una persona, estando conformada por el genoma humano, huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, nombre de progenitores, signos distintivos de una persona. La segunda –que se vincula más a la filiación adoptiva–, se refiere a la construcción de la personalidad de alguien según sus atributos, características y su desempeño en los más diversos ámbitos –religioso, cultural, ético, ideológico, etcétera–, prevaleciendo la historia personal, biografía existencial y los lazos sociales que una persona construye, con prescindencia a que tales vínculos coincidan o no con el de sangre.

Actualmente, esta conceptualización se ha complejizado. En primer lugar, ello obedece a que se ha reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de acceso a técnicas de reproducción humana médicamente asistida, mediante la sanción de la Ley Nº 26.862[3] y posteriormente con la sanción del Código Civil y Comercial, en cuyos artículos 560/564 y concordantes se establecen reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Este avance ha implicado que, jurídicamente, debamos desmembrar el concepto de identidad estática, diferenciando a la identidad genética de la biológica. Dicho en otros términos, además del reconocimiento de un vínculo biológico de base, se distingue a la identidad biológica, derivada de quien lleva adelante la gestación del niño, de la identidad genética, que resulta de quien o quienes aportan el material genético para la formación del embrión.

De lo que hasta aquí se viene mencionando se advierte que se ha producido una enorme evolución en el reconocimiento

[3] Sancionada el 05/06/2013.

de la identidad personal como un verdadero derecho humano, así como también se ha complejizado su conceptualización, ampliando su espectro e incluyendo en su denominación nuevos elementos que hasta no hace mucho tiempo eran impensados. A punto tal se ha desarrollado el concepto que se han desmembrado del tronco común (identidad personal) múltiples ramas o derechos derivados, tales como el derecho a conocer los orígenes, el derecho a la información en relación directa a la identidad de las personas, el derecho a un nombre, el derecho a la identificación y a la obtención de los documentos de identidad respectivos, el derecho a tener un vínculo filial, entre otros.

II. Identidad estática y primacía de la realidad biológica. Regulación de la actividad probatoria en los procesos civil y penal

En este breve trabajo dejaremos de lado aquellos supuestos de filiación por adopción donde, lógicamente, el emplazamiento filial no responde ni tiene como base a un vínculo de sangre, y los casos de técnicas de reproducción humana asistida, dado que merecen un tratamiento especial. Entonces, partiremos de la base de cualquier supuesto de filiación por naturaleza, donde se intenta proteger la identidad estática, la identidad biológica mediante el establecimiento del verdadero vínculo filial.

El CCyC contiene, además de reglas procesales aplicables a los procesos de familia, disposiciones generales para las acciones de filiación y luego reglas concretas para cada acción en particular. En tal sentido, adopta expresamente el principio de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba (confr. art. 710), todo ello con la finalidad de procurar acercarse lo más posible a la verdad en relación a los hechos controvertidos y, consecuentemente, lograr una satisfacción más plena de los derechos que se ventilan en estos procesos de familia.

Ahora bien, en relación a las acciones de filiación propiamente dichas, el CCyC establece que se admiten toda clase de

pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a pedido de parte (artículo 579, primer párrafo).

El principio de libertad en materia probatoria comprende la facultad de las partes de ofrecer, producir, controlar las pruebas que hacen a su derecho y las de la contraria, pero también incluye a la actividad jurisdiccional que puede autorizar –y aún disponer de oficio– su producción por medios probatorios aún no previstos en el código de forma, en virtud del desarrollo científico, por ejemplo, y por no haber existido en la época de sanción de las leyes procesales[4].

Hoy, la nueva redacción prevista por el CCyC, en el artículo 579 primer y segundo párrafos, en cuanto dispone que, en los procesos de filiación, se admitirán toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, prevé una amplitud suficiente para abarcar los avances científicos futuros, que pueden ser decretadas aun de oficio. Asimismo, permite que en caso de imposibilidad de realizar la prueba con alguna de las partes, la misma se realice con material genético de parientes por naturaleza hasta el segundo grado, priorizando los más próximos. Lógicamente, tales previsiones no implican una obligación para el Juez de admitir todas las pruebas propuestas si es que ellas son notoriamente improcedentes por dilatorias, inconducentes en relación a los hechos controvertidos, o inadecuadas en función del objeto procesal.

Ahora bien, además de lo señalado, hemos de preguntarnos ¿cuál es el límite para la procedencia de dichas pruebas? Atento el principio de amplitud probatoria mencionado parecería ser que el límite no está dado por el tipo de prueba en sí mismo sino en el modo de su obtención. Va de suyo que no resultan procedentes las pruebas obtenidas ilícitamente y, paralelamente, el derecho no podría avalar, so pena de llegar

[4] En materia de filiación, en un principio se ofrecían las denominadas pruebas biológicas, que se circunscribían a las pericias médicas, luego a las investigaciones del sistema de histocompatibilidad (HLA-A, B, C y DR) y análisis de enzimas eritrocitarias y, finalmente, se admitió la tipificación del ADN.

al conocimiento acabado de la verdad, todo procedimiento que importe la comisión de un delito o algún acto ilícito.

Siguiendo dicho lineamiento, podría afirmarse que, según el estado actual del avance científico, siendo la prueba de ADN la más idónea para arribar al conocimiento de la verdad respecto de la existencia o no de vínculo biológico entre dos personas, ella no podría realizarse sin haber recabado previamente el consentimiento de quienes deben someterse a ella. En otras palabras, según las normas vigentes en nuestra legislación civil, para la realización de la prueba pericial genética se requiere inexcusablemente el sometimiento voluntario de los interesados. Para el caso de que tal consentimiento no sea prestado, el ordenamiento establece ciertas consecuencias jurídicas pero no se prevé el sometimiento forzoso o involuntario.

En ese sentido, según lo normado por el artículo 579 del CCyC, "*En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.*"

En relación a esta norma pueden realizarse varias apreciaciones. Una de ellas es la relativa al cambio de terminología utilizada, en cuanto el artículo 253 del Código Civil derogado se refería a las pruebas "biológicas", en cambio, la redacción actual alude más específicamente a las "genéticas". Con acierto se ha manifestado que este cambio terminológico responde a la mayor precisión que ostenta la palabra "genética", en relación a que la prueba de A.D.N. es la más precisa para determinar la existencia o inexistencia de vínculo filial.

En segundo lugar, en cuanto a la consecuencia jurídica establecida para el caso de la negativa a someterse a las pruebas genéticas corresponde analizar el antecedente normativo más próximo. Así, La Ley 23.511 de creación del Banco Nacional de

Datos Genéticos[5], en su artículo cuarto, establece que "*Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona (…) La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente*". Conforme a la postura adoptada por la norma, en caso de que el accionado se niegue a someterse a la realización de la prueba genética, tal negativa debería ser reforzada por alguna otra prueba en sentido concordante, dado que ella por sí sola es sólo un indicio, una mera sospecha, y no constituye prueba contundente como para hacer lugar lisa y llanamente a la demanda.

Distinto sería el caso si la norma creara una presunción legal en contra del renuente. En este caso, si así fuera establecido legalmente, la negativa importaría que, justamente, se presuman ciertos los dichos del accionante relativos a la paternidad en perjuicio del padre alegado reticente, con lo cual no sería necesaria la producción de ninguna otra prueba que los refuerce.

Ahora bien, el CCyC, en el artículo analizado adopta una postura distinta de las dos mencionadas precedentemente, dado que establece que valorará la negativa "*como indicio grave contrario a la posición del renuente*". Se ha interpretado que el indicio grave "*significa que no se necesita, de manera obligatoria o como requisito sine qua non, otra prueba para hacer que tal conducta renuente tenga fuerza y que, por ende, se pueda hacer lugar a la acción de reclamación de filiación (…) No obstante, si se cuenta con prueba hábil para fortalecer la negativa –y, en definitiva, acercarse a la verdad biológica–, ella deba ser incorporada al proceso…*"[6].

Claro está que, en todos los casos analizados, se adopta una consecuencia jurídica que resulta incompatible con la verdad

---

[5] Sancionada el 13 de mayo de 1987.

[6] Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso. Obtenido de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf, .Pág.. 318.

biológica. En otros términos, las distintas soluciones legales mencionadas no garantizan el derecho a la identidad en tanto no permiten que se conozca con rigor científico acerca de la existencia o inexistencia de un vínculo biológico. Contrariamente a ello, puede válidamente entenderse que la consecuencia legal prevista por el artículo 579 tercer párrafo viola lisa y llanamente el derecho a la identidad por no garantizar el acceso efectivo a conocer la verdad sobre el lazo de sangre en cuestión, lo cual únicamente se lograría si la norma legal previera la realización compulsiva o forzosa de la prueba científica de A.D.N.

Resulta de vital importancia lo mencionado precedentemente. No puede soslayarse que, desde el punto de vista psicológico, se ha estudiado que para un niño –y, en definitiva, para todo ser humano– es más impactante y le causa mayor sufrimiento la "duda", la "incertidumbre" en relación a quiénes son sus padres, a cuál es su origen, que el directo desconocimiento.

Por su parte, si nos disponemos a analizar la regulación sobre el tema en el ordenamiento que rige el proceso penal, sabemos que la Ley Nº 26.549[7], que modifica al código procesal penal, incorporó a este cuerpo normativo el artículo 218 bis, en los siguientes términos: "*El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto. Para tales fines, serán admisibles mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, según la experiencia común y la opinión del experto a cargo de la*

[7] Sancionada el 18 de noviembre de 2009.

intervención. La misma será practicada del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor, teniendo especialmente en consideración su género y otras circunstancias particulares. El uso de las facultades coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización. Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal. (…)".

Por lo tanto, siempre que se den las condiciones objetivas de procedencia –que surgen de la propia norma– y una vez que la medida esté judicialmente ordenada, la extracción resulta obligatoria respecto del imputado "*o de otra persona*" (párrafo primero), no así respecto de la víctima, quien podría oponerse a una extracción corporal, no obstante lo cual el juez podría procurarse tal prueba por otros medios (secuestro de objetos, registro domiciliario, requisa, etcétera). Por lo tanto, tratándose del sujeto investigado, aun cuando se alegue que se trata de una medida coercitiva, humillante, que viola su integridad y/o intimidad, igualmente puede ser obligado a someterse a una extracción compulsiva de A.D.N., y dicho acto es plenamente válido procesalmente.

Es decir que, conforme a la normativa procesal civil y penal analizada, el legislador ha brindado respuestas diferentes. En el proceso civil, en caso de reticencia o negativa del padre alegado, la ley establece como consecuencia jurídica que dicha actitud sea considerada como un indicio grave en contra de la posición del renuente. En cambio en el proceso penal, aún en caso de negativa del sujeto investigado, igualmente puede ser sometido a una extracción compulsiva. Cabría entonces preguntarse si existe coherencia entre ambas soluciones legales analizadas, más aún en la consideración de que la acción de filiación intentada en el proceso civil puede desenmascarar un

verdadero delito –por ejemplo, por supresión y/o suposición de estado civil y de la identidad (conforme artículos 138 a 139 bis del Código Penal argentino)–.

Podría argumentarse que la compulsividad autorizada en el proceso penal se debe a que dicho fuero procura arribar a la verdad real e histórica, a fin de descubrir si se cometió o no un delito, lo cual involucra el interés de la sociedad toda. Sin perjuicio de ello, aún cuando el proceso civil sea un proceso de partes, de instancia privada, en el caso de las acciones de filiación se encuentran implicados derechos humanos fundamentales, protegidos constitucional y convencionalmente y en tales cuestiones, así como en las que comprometen el estado civil de las personas, también hacen al orden público e interesan a toda la comunidad.

Históricamente, la doctrina procesalista señaló que el juez civil, en el marco de un proceso contencioso con contradictorio y con prueba, no es un investigador de la verdad real, sino un facilitador de su producción, conservación y aprovechamiento pleno. Cierto es que la más autorizada doctrina que establece que la misión del juez no es lograr la comprobación de la verdad, que ésta no es el fin del proceso civil y no podría serlo, manifestando que, en todo caso, su cometido es procurar aproximarse limitada y selectivamente a la verdad[8]. Pero sin pretender

[8] PEYRANO, Jorge W. "El Juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil", obtenido de http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/eljuezylaverdad.pdf, en fecha 21/12/2017. En dicho artículo expresa "(…) *Ahora bien: ¿puede siempre y en todos los casos el juez civil perseguir infatigablemente la verdad, previa producción adecuada de la prueba correspondiente, o, a veces, deberá conformarse con que lo que declara como cierto simplemente debe "ser tenido o aceptado como verdadero" (9) Creemos que el tema se sale de sus cauces adecuados cuando se parte de la premisa de que la misión del juez civil dentro de un proceso contencioso con contradictorio y con producción de prueba, es encontrar la verdad del caso. El magistrado civil no es un investigador a todo trance de la verdad (10), no lo es ni puede serlo. Su cometido, en cambio, es procurar aproximarse limitada y selectivamente a la verdad. Limitadamente porque el ofrecimiento y la producción de la prueba (de la cual depende la obtención de la verdad), están condicionados al accionar de las partes y porque, también, la tarea del Oficio posee límites técnicos infranqueables que ni tan siquiera pueden ser salvados por el uso de medidas para mejor proveer (11); y es selectivo porque es impensable e imposible que un*

contradecir dicha postura, no podemos dejar de resaltar que, paralelamente a ello, se reconoce que existe un "derecho a probar" completado por un derecho a una debida y explicitada valoración de la prueba producida. Todo ello adquiere mayor rigor en el ámbito específico del derecho de familia donde existe un interés de la sociedad en el conocimiento y certeza sobre el status y los atributos de la personalidad de sus integrantes.

Puede concluirse que, frente a la necesidad de garantizar los derechos a la identidad y a conocer los orígenes, íntimamente vinculados a la dignidad misma de todo ser humano, no podría válidamente priorizarse la voluntad del accionado quien puede echar por tierra tales derechos con sólo negarse a someterse a la prueba en cuestión. Más aún cuando, conforme al estado actual del avance de la ciencia, podría afirmarse que la pretendida "vulneración de la integridad física" no es tal. Ello es así dado que hoy en día, una mínima muestra de sangre extraída en un mínimo tiempo es suficiente; pero asimismo, existen métodos alternativos para recolectar A.D.N., tales como el hisopado bucal, o la extracción de cualquier material biológico (cabellos, restos cutáneos, etcétera), y aún –como surge de la norma procesal penal analizada– de *"medios distintos de la inspección corporal"*. Por lo cual, se puede afirmar que en la actualidad, el hecho de que la norma jurídica civil no se garantice la producción de medidas de prueba necesarias para, esclarecer, garantizar el ejercicio efectivo de derechos fundamentales como el derecho a conocer la identidad y los orígenes biológicos, parece ser un mero capricho y, más aún, un verdadero retroceso.

III. Conclusión

Entendemos que cuando se encuentran en juego derechos personalísimos del más alto rango como el derecho a la

tribunal (por lo menos en Argentina) en cualquier supuesto se deba empeñar en conseguir la versión fáctica "verdadera".

identidad y a conocer los orígenes, verdaderos derechos humanos, no resulta acertada la solución legal brindada al caso por el art. 579 del CCyC. Es decir, en tales casos, no resulta "justo" contentarnos con una sentencia judicial basada en una presunción o un grave indicio de que el accionado es el padre biológico del accionante, por el solo hecho de que se negó a realizarse la prueba de ADN, dado que tal solución –el indicio, grave o no– no es prueba acabada de la verdad. Consecuentemente, va de suyo que es factible solicitar la declaración de inconstitucionalidad –o, mejor dicho, de anticonvencionalidad– de dicha norma en razón de que atenta claramente contra la constitución nacional y convencionales internacionales vigentes.

Lo cierto es que, tal como se adelantara "*…tanto el indicio como la presunción son posturas que no logran llegar a la verdad sobre el lazo biológico, sino que extraen determinadas consecuencias jurídicas de un determinado comportamiento –como lo es la negativa a someterse a la prueba de ADN–. En otras palabras, solo la compulsividad permite revelar la verdad…*"[9].

A la luz del nuevo paradigma imperante de los derechos humanos y su impacto actual, puede concluirse que el artículo 579, tercer párrafo, del CCyC, se encuentra en franca colisión con el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional que impone en cabeza de los distintos poderes del estado la obligación de *legislar* y adoptar 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 la Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos. Contrariamente a ello, la norma analizada del CCyC adopta la solución legal de considerar "indicio grave" a la posición del renuente a someterse a pruebas de ADN, legitimando en cierta forma dicha negativa y proponiendo una consecuencia jurídica basada en una "ficción jurídica" y no en una certeza derivada de una prueba científica. Por ello, la inclusión de dicho tercer

[9] Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ob. Cit. Pág. 318.

párrafo al artículo 579 el significa un retroceso y una colisión con las normas constitucionales y convencionales que protegen el derecho humano de la identidad. De lo expuesto se deriva que claramente se puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad o anticonvencionalidad del artículo 579, tercer párrafo, del CCyC, o podrá hacérselo aún de oficio, en atención a que la nueva misión del rol de los jueces, en su rol activista y protector, los convierte en jueces de los derechos humanos.

Introducción al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y procedimiento ante sus órganos de tutela

Leandro Kunusch y Martiniano Greco

1. Nacimiento y consolidación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

La organización internacional de los Estados en América data de una antigüedad bicentenaria, puesto que reconoce antecedentes ya en los primeros años de la independencia: como es lógico, se hizo menester la existencia de colaboración recíproca entre los diferentes territorios que iban progresivamente independizándose del Imperio Español en América, a los efectos de enfrentar los peligros provenientes del mundo europeo colonialista[1].

En el marco de este espíritu asociativo, una pluralidad de Congresos fueron precariamente convocados y celebrados durante el transcurso del siglo XIX, los cuales sirvieron de cimientos a la célebre Conferencia Internacional Americana –Washington, 1890– en la cual se crea la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, punto de inicio de múltiples Conferencias Interamericanas con mayor grado de institucionalización y, con ellas, de una larga construcción que derivaría en el hoy vigente Sistema Interamericano de Integración y de protección de los Derechos Humanos. Precisamente del seno de una de estas conferencias –la novena, celebrada en Bogotá, en 1948–, es que nace la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), por medio de la adopción de la Carta de la OEA (en adelante, COEA), tratado multilateral que entraría en vigor en diciembre de 1951.

---

[1] Barboza, Julio, "Derecho Internacional Público", 2° Edición, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2008, p. 648.

La OEA es una organización internacional intergubernamental regional, de la cual forman parte 35 Estados del continente americano, cuya finalidad –según el artículo 1 de la COEA– es lograr entre los Estados Americanos *"…un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia…",* con relación a lo cual, en el artículo 2, se enumeran como propósitos *"a) Afianzar la paz y la seguridad del Continente; b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; c) Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros; d) Organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; e) Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; f) Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural; g) Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y h) Alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros".*

En el marco de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) nacida de los escombros de la fracasada Sociedad de las Naciones[2], la OEA constituye un organismo regional[3], creado al amparo del artículo 52 de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, CNU), que establece en su párrafo 1° que "*Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas".*

---

[2] Hobsbawm, Eric, "Historia del siglo XX", 10° Edición, 10° reimp., Ed. Crítica, Buenos Aires, 2013, p. 38.

[3] Artículo 1 de la COEA

Al igual que lo que sucedió en el seno de la ONU, donde luego de la adopción de la CNU se inició un proceso tendiente a la consagración de una plantilla de Derechos Humanos fundamentales de ineludible protección –naciendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etcétera–, en el seno de la OEA comenzaron a darse los primeros pasos hacia la promoción y defensa de los Derechos Humanos. Ello puesto que, por un lado, la COEA no los consagraba en forma detallada ni creaba órgano o institución alguna encargada de su defensa y protección, y por el otro, si bien en conjunto con la COEA –en Bogotá, 1948– se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADDH), por ser simplemente una resolución de la Conferencia –y no un tratado–, su carencia de fuerza vinculante[4] llevó a la búsqueda de herramientas tendientes a dotar de operatividad y efectividad la nómina de derechos fundamentales. Con la creación de la Comisión Interamericana, en 1959, y la aprobación de su Estatuto en 1960, se fortalece el naciente Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, mas no fue sino hasta el año 1969 que los Estados miembros de la OEA consolidaron el bloque de tutela: en la Conferencia celebrada dicho año en la ciudad de San José de Costa Rica se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), que entró en vigor en 1978, fue aprobada por Argentina en 1984 por Ley 23.054, y dotada de jerarquía constitucional en 1994 –artículo 75 inc. 22 C.N.[5].

Huelga decir que sin perjuicio de la mención de la COEA, la DADDH, y la CADH como los puntos neurálgicos del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos

---

[4] Martin, Claudia - Rodriguez Pinzón, Diego, "La Prohibición de la Tortura y los Malos Tratos en el Sistema Interamericano. Manual para víctimas y sus defensores", Serie de Manuales de la OMCT, Vol. 2, Ed. Boris Wijkstrom, 2006, p. 29

[5] Quiroga Lavié, Humberto - Benedetti, Miguel Angel - Cenicacelaya, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Tomo I, 2a ed., Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 570

desarrollado en el seno de la OEA, este se encuentra compuesto por una pluralidad de Convenciones, Declaraciones, e instituciones varias nacidas en el marco de tales instrumentos o por resoluciones oficiales adoptadas en Conferencias, que convergen en conjunto a tal fin; v. gr., la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; el Instituto Interamericano de Derechos Humanos; etcétera. A su vez, la CADH ha sido posteriormente complementada por dos Protocolos: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

2.1. Nacimiento, evolución y funcionamiento

Convocados los representantes de los Estados americanos a la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores –celebrada en Santiago de Chile en agosto de 1959–, en el marco de debates respecto de la adopción de medidas de promoción y protección de los derechos humanos se resuelve tanto la creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión) cuya función primordial sería la de coadyuvar a la satisfacción de tales objetivos, como la aprobación de su Estatuto, en el cual se le conceden importantes funciones y atribuciones y, entre otras previsiones, se dispone que la sede permanente de la Comisión sería la misma que aquella de la entonces Unión Panamericana –Washington D. C.–, en la actualidad sede de la Secretaría General de la OEA[6].

[6] Faúndez Ledesma, Héctor, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales", 3° edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2004, p. 36.

La circunstancia de que la Comisión no fuera creada por un tratado o por reforma de la COEA sino por una simple resolución de un órgano de la OEA aprobada en Conferencia sólo por la mayoría de sus miembros, fue motivo de protesta por algunos Estados, dada la debilidad de la fuerza de sus actos en la tarea protección de los Derechos Humanos. Es así que en los hechos este órgano fue estructurado como una entidad destinada a la promoción de tales Derechos fundamentales –consagrados en la DADDH– en los Estados partes de la OEA, careciendo de potestades eficaces para garantizar su tutela[7]. Esta falencia fue salvada casi una década después –año 1967–, por medio del Protocolo de Buenos Aires reformador de la COEA, incluyendo a la Comisión en su texto y transformándola en un órgano principal de la OEA, con la misión –según el artículo 112 de la COEA– de promover la observancia y protección de los Derechos Humanos –previstos por entonces en la DADDH–.

A su vez, la inclusión de la Comisión en el articulado de la CADH, junto con el otorgamiento en dicho instrumento de funciones adicionales, provocó que este órgano adquiriera un doble marco de desenvolvimiento –más precisamente, una dualidad de cometidos y atribuciones–, según que el Estado parte de la OEA que se encuentre involucrado en el asunto ventilado haya o no ratificado la CADH[8], asumiendo en el primer caso importantes facultades de índole judicial, y desplegando en el segundo caso sus competencias originarias esencialmente de supervisión[9]. A todo evento, cabe destacar que en la actualidad, respecto de los Estados que ratificaron la Convención, el instrumento preponderantemente aplicable es este último, deviniendo subsidiaria –aunque plenamente vigente– la DADDH, de fundamental importancia en los casos relativos

[7] Ibidem, p. 49.

[8] Martin, Claudia y ot., cit., p. 30.

[9] Faúndez Ledesma, Héctor, cit. p. 52.

a países miembros de la OEA que no han ratificado la CADH, y que en consecuencia son evaluados a la luz de aquella[10].

2.2. Composición

Es un órgano compuesto por siete miembros, quienes según el artículo 34 de la CADH deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos, y que son elegidos por la Asamblea General de la OEA en base a una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros –artículo 36 de la CADH–, para cumplir un período en funciones de cuatro años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez –artículo 37 de la CADH–. Es dable destacar que este último precepto también dispone que no puede formar parte de la Comisión más de un nacional de un mismo Estado.

2.3. Atribuciones

De acuerdo a lo que hemos visto, la Comisión ejerce determinadas competencias según exista o no ratificación de la CADH del Estado parte de la OEA. Las mismas se encuentran enumeradas en los artículos 18 a 20 del Estatuto de la Comisión (en adelante, EC) vigente, aprobado por Resolución de la Asamblea General de la OEA en 1979:

> "Artículo 18: Respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Comisión tiene las siguientes atribuciones: a. estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b. formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos; c. preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d. solicitar que

[10] Ídem.

los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre la medidas que adopten en materia de derechos humanos; e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten; f. rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son parte; g. practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y h. presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General".

"Artículo 20: En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a. prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b. examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales; c. verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados".

"Artículo 19: En relación con los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto

> y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes: a. diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención; b. comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención; c. solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas; d. consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; e. someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y f. someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

A su vez, este último artículo se complementa con el artículo 41 de la CADH, que establece las funciones que corresponden a la Comisión en el marco de dicho instrumento. Las previstas en los primeros cinco incisos, eminentemente políticas y diplomáticas, son propias de su misión de promoción de los Derechos Humanos[11]. La prevista en el sexto inciso, alude a su función de protección que de ellos se le asigna:

> "Artículo 41: La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b) formular recomendaciones, cuando lo estime

[11] Ibídem, p. 229

> conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos –a su vez, como contracara de este inciso, el artículo 43 obliga a los Estados partes a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de la CADH–; e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten; f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos".

En definitiva, como órgano previsto en la COEA, cumple determinadas funciones detalladas en su Estatuto, adquiriendo importancia vital la DADDH; a su vez, como órgano previsto en la CADH, respecto de aquellos países que la han ratificado, cumple atribuciones adicionales previstas en aquel instrumento y también enumeradas en su Estatuto.

2.4. Su actuación ante peticiones individuales y comunicaciones estatales [artículos 19 inc. a) EC y 41 inc. f) CADH]

Dijimos que el ejercicio de la mayor parte de las atribuciones asignadas a la Comisión importa el despliegue de actos

diplomáticos de los miembros de la Comisión; sin embargo, en lo que respecta a su labor ante peticiones y comunicaciones que le sean sometidas mediando alegación de violaciones por parte de un Estado a uno o múltiples derechos consagrados por la CADH, la Comisión cumple una función distinta, instructora, de investigación al estilo Ministerio Público Fiscal.

El esquema de protección previsto por la CADH es dual. Cuando hablamos de "peticiones", debemos tener en cuenta que estamos ante reclamos –contra un Estado americano parte de la Convención– provenientes de individuos particulares considerados sujetos de derecho internacional[12], en cuya cabeza se encuentra previsto el goce de la pluralidad de Derechos Humanos consagrados por dicho instrumento. A la par, cuando hablamos de "comunicaciones" nos encontramos ante denuncias formuladas por un Estado contra otro Estado parte –por igual causa que en el caso de petición–, consagrándose una legitimación desligada de la posición de víctima del reclamante –puesto que el Estado denunciante no lo es–.

En su tarea de entendimiento en ambos cauces de reclamo, la Comisión se encuentra sujeta a la observancia de determinados procedimientos establecidos normativamente, con funciones tanto de evaluación y decisión como de impulso del planteo hasta su conclusión, y con prerrogativas inquisitivas, recorrido cuyo tránsito y cumplimiento deriva en un pronunciamiento suyo respecto del asunto –la Comisión debe oír a las partes e investigar los hechos, y tomar decisiones vinculantes para las partes–, todo lo cual ha llevado a afirmar que este despliegue en su conjunto importa el ejercicio de un verdadero cometido de carácter jurisdiccional[13].

---

[12] Fellay, Milton - Gonzalez Napolitano, Silvina, "Sujetos del Derecho Internacional", en "Lecciones de Derecho Internacional Público", Coord. Silvina Gonzalez Napolitano, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2015, pp. 36-37.

[13] Faúndez Ledesma, Héctor, cit. p. 229.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.1. Nacimiento y lineamientos generales sobre su funcionamiento

Si bien ya en tiempos de creación de la OEA fueron varias las voces que se alzaron en reclamo del establecimiento de un tribunal que resulte competente para entender en los casos en que se aleguen violaciones a Derechos Humanos de las que proviniera la responsabilidad internacional de los Estados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte) es una verdadera "criatura" de la CADH[14], que se instituyó en 1969 como parte de dicho Tratado, entró en vigencia en 1978 (al reunirse el número de países establecido por el instrumento para surtir tal efecto)[15], emitió su primera opinión consultiva en 1982 –OC-1/82–[16], y falló su primer caso contencioso recién en 1988 –caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras–[17].

Es un verdadero órgano judicial[18], señalada por muchos como una auténtica justicia trasnacional/autoridad supranacional con amplias facultades para entender respecto de actos de

---

[14] García Ramírez, Sergio, "La defensa de los derechos humanos. Reflexiones sobre la Corte Interamericana", en "La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional", División de Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios de la Corte Suprema de Justicia, e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Asunción, Paraguay, 2012, p. 142

[15] Alvarado Llano, Lilian Carolina, "Los Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Inobservancia de ellos por parte de los Gobiernos de algunos países miembros como atentado al respeto a los Derechos Humanos", en Revista Pensamiento Penal, artículo publicado en fecha 24(09/2015, disponible en formato digital en http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina.

[16] A esta fecha, ha emitido 22 opiniones consultivas, siendo la última de ellas la OC-22/16, disponibles online todas ellas en http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

[17] A esta fecha –octubre de 2016–, ha dictado 317 fallos, siendo el último el caso López Lone y ot. vs. Honduras, del 2 de septiembre de 2016. Pueden consultarse todos ellos online, formato documento digital, en http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm

[18] Martin, Claudia y ot., cit., p. 51

autoridades nacionales o normas de derecho interno –incluso constitucionales– a la luz de la CADH y demás declaraciones y convenciones integrantes del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos[19].

Se trata de una instancia supraestatal para reforzar, desde el derecho internacional, la protección de los derechos cuando en sede interna de los Estados sufren violación, teniendo ellos raíz en la CADH, que arbitra una jurisdicción contenciosa para los Estados que se hacen parte en el sistema.[20] Sin perjuicio de ello, la CADH también habilita una instancia ante la Corte, ya no contenciosa sino solo consultiva, abierta a todos los Estados miembros de la OEA y demás organismos integrantes de ella.

3.2. Composición

Prevé el artículo 52 de la CADH que "*la Corte se compondrá de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos*, y agrega que "*no debe haber dos jueces de la misma nacionalidad*".

De acuerdo al artículo 53 de la CADH, "*serán elegidos, en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados*", agregando el artículo 54 que "*serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez"*

El artículo 55 introduce una facultad interesante de los Estados miembros de la CADH, cuando un caso sometido a

---

[19] Sagüés, Néstor Pedro, "Manual de Derecho Constitucional", Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2007, pp. 67, 104, 615-616.

[20] Bidart Campos, German J., "Manual de la Constitución Reformada", T. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 341

la Corte lo tenga como parte, al disponer que sin perjuicio de que el juez que sea nacional de aquel conservará su derecho a conocer del mismo, *"otro Estado parte en el caso* –si lo hubiere– *podrá designar a una persona de su elección para que integre la Corte en calidad de juez ad hoc",* a la vez que agrega que *"si entre los jueces llamados a conocer del caso ninguno fuere de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de éstos podrá designar un juez ad hoc".*

3.3. Competencia consultiva

Establece el artículo 64 de la CADH, en su primer párrafo, que *"los Estados miembros de la Organización* –y no solo miembros de la CADH– *podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos*", haciendo también extensiva esa facultad a los órganos enumerados en la COEA, actual artículo 53, entre los cuales se menciona a la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos; el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas, y los Organismos Especializados.

A su vez, en su segundo párrafo establece una facultad de consulta exclusiva para los Estados partes de la OEA –sin mencionar el resto de los órganos–, al disponer que "*la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales*".

Esta función consultiva asignada a la Corte ha erigido un sistema que marcha a la par del procedimiento contencioso, ofreciendo una alternativa judicial cuyo objeto consiste en brindar herramientas a los Estados y a los diversos órganos parte de la OEA que les sirvan de auxilio para cumplir adecuadamente con las disposiciones emanadas de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, evitando el sistema sancionatorio propio

del procedimiento confrontativo[21] –se trata de un procedimiento en el cual no hay partes ni litigio– y, por supuesto, coadyuvando al aseguramiento de la vigencia de los Derechos fundamentales protegidos por el Sistema Interamericano, por medio de la previsión de una amplia legitimación.

No nos detendremos en lo sucesivo en el procedimiento seguido a los efectos de efectuar una consulta, razón por la cual destacaremos en el presente acápite sólo algunas cuestiones de forma previstas por el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta línea, resulta de interés destacar que cuando se tratare de la interpretación de la CADH, el Reglamento prescribe que las solicitudes de opinión consultiva deberán "*formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte"* –artículo 70–*;* si se solicitare la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, dispone que deberá ser *"identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta"* –artículo 71–*;* y por último, si se tratare de la Interpretación de leyes internas, establece que la solicitud deberá señalar –entre otras cuestiones– "*las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta, y las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte"* –artículo 72–. Además, para el caso de que la consulta proviniere de uno de los órganos de la OEA, se señalará "*la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia*" –artículos 71 y 72–.

3.4. Competencia contenciosa

La CADH prevé tres tipos de competencias a los órganos por ella establecidos: una de promoción de los Derechos Humanos,

[21] Faúndez Ledesma, Héctor, cit. p. 947

que en sus diversas variantes concierne exclusivamente a la Comisión; una función consultiva asignada a la Corte; y una de protección de los Derechos Humanos, asignada conjuntamente a la Comisión y a la Corte[22] –en lo que respecta a éste último órgano, por medio de la función decisora ejercida a través de su competencia contenciosa–.

Definición acertada es aquella que cataloga la competencia contenciosa de la Corte como la atribución de enjuiciar casos que conciernen presuntas violaciones de la CADH por los Estados partes de la misma[23].

Si bien hemos visto que los individuos tienen capacidad procesal para someter ante la Comisión peticiones que contengan denuncias alegando la violación de la Convención[24], carecen de la posibilidad de acudir de manera autónoma a la Corte, puesto que *"s*ólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte" –artículo 61 de la CADH–.

A su vez, la CADH es clara en el sentido de que *"la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia"* –artículo 62 inc. 3–. Esto hace que un Estado pueda ser parte de la CADH pero, a la vez, no reconocer la competencia de la Corte.

Existen diferentes maneras y modalidades de reconocer la competencia, previstas en el artículo 62 de la CADH. Puede hacerse por convención especial entre los Estados involucrados, o bien por declaración especial, la cual puede ser realizada en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la CADH, o en cualquier momento posterior; y a su

[22] Faúndez Ledesma, Héctor, cit. p. 229

[23] Martin, Claudia y ot., cit., p. 52

[24] Faúndez Ledesma, Héctor, cit. p. 591

vez, puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad –en caso de denuncia interestatal–, por un plazo determinado o para casos específicos. En el caso concreto de nuestro país, al ratificar la CADH, por medio del artículo 2 de la ley 23.054 se dispuso el reconocimiento de la competencia de la Corte *"sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención, bajo condición de reciprocidad*".[25]

Pero lo dicho no es todo: "*para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50"* de la CADH, previsión contenida en el artículo 61 inc. 2 del citado instrumento. Lo veremos en el acápite que continúa.

4. Normas procedimentales sobre la tramitación de peticiones y comunicaciones ante la Comisión y ante la Corte

4.1. Legitimación para presentar peticiones o efectuar comunicaciones ante la Comisión

Hemos hecho mención a la dualidad que presenta el esquema de protección previsto por la CADH, en el sentido de que prevé dos formas de iniciar un reclamo ante la Comisión, según quien fuere el legitimado activo.

En lo que refiere al régimen de peticiones, el artículo 44 de la CADH dispone –previendo una amplia legitimación– que "*cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".*

Hay que tener en cuenta que de la conjunción de los artículos 23 y 51 del Reglamento de la Comisión Interamericana de

[25] Bidart Campos, German J., "Manual de la Constitución Reformada", T. III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 555

Derechos Humanos (en adelante, RCIDH) –aprobado por la Comisión, cuya redacción actual se encuentra en vigor desde el 1º de agosto de 2013– se infiere que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA –aun cuando el Estado no fuera parte de la CADH– puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, que contengan denuncias sobre presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la DADDH por parte de dicho Estado. No obstante, la diferencia fundamental con aquella petición del artículo 44 de la CADH efectuada contra Estados miembros de la Convención, radica en que no puede remitirse el caso a la Corte, estando reservada esa posibilidad solo respecto de aquellos casos en que se encuentren involucrados Estados que, además de haber ratificado la CADH, han aceptado la competencia de dicho tribunal –artículo 52 del RCIDH–.

No puede dejar de mencionarse que el artículo 24 del RCIDH otorga a la Comisión la facultad de iniciar la tramitación de un caso de oficio –tramitación *proprio motu*–, cuando considere que, a su juicio, se dan los requisitos para ello.

En lo que respecta a la regulación de las comunicaciones, el artículo 45 de la CADH dispone que "*la Comisión tiene competencia para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la CADH*", aunque exige, para la procedencia de ejercicio de tal función, que el Estado reclamante –en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención, o en cualquier momento posterior– haya declarado que reconoce la competencia de la Comisión, sea por tiempo indefinido, por un período determinado o para casos específicos.

4.2. Requisitos de admisibilidad por parte de la Comisión

El artículo 46 de la CADH es claro en el sentido de que "…*para que una petición o comunicación presentada conforme a los*

artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición." Párrafo seguido, el artículo establece supuestos de excepción a lo dispuesto por los incisos a) y b), al disponer que no se aplicarán en aquellas ocasiones en que "…*a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos."*

A su vez, el artículo 47 impone una obligación en cabeza de la Comisión de declarar inadmisible la petición o comunicación, cuando compruebe la existencia de cuatro supuestos: *"… a) falte alguno de los requisitos indicados en el artículo 46; b) no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por esta Convención; c) resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia, y d) sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional".*

Es dable destacar que el artículo 36 inc. 2 del RCIDH aclara que la adopción del informe de admisibilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto. A su vez, el inc. 3 del mismo artículo faculta a la Comisión a abrir el caso pero diferir el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo, cuando

se presentaren circunstancias excepcionales, incluyéndose entre ellas: *"…a. cuando la consideración sobre la aplicabilidad de una posible excepción al requisito del agotamiento de recursos internos estuviera inextricablemente unida al fondo del asunto; b. en casos de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentran en peligro inminente; o c. cuando el transcurso del tiempo pueda impedir que la decisión de la Comisión tenga efecto útil."*

4.3. Procedimiento seguido por la Comisión en caso de admisión de la petición o comunicación

Estemos ante peticiones individuales o comunicaciones estatales, una vez evaluados los requisitos antes previstos, y habiendo declarado la Comisión la admisibilidad del reclamo, la CADH regula idéntico procedimiento a seguir para ambas.

El artículo 48 de la CADH dispone que la Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos consagrados por la Convención, procederá de la siguiente manera:

> "a) Si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso";
>
> "b y c) Recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación: de no existir o subsistir, mandará archivar el expediente; podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes".

Sobre este punto, es de trascendental importancia lo previsto por el artículo 38 del RCIDH: establece que se presumirán

verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. A su vez, el artículo 42 del RCIDH establece que sin perjuicio de que la Comisión pueda decidir sobre el archivo del expediente cuando verifique que no existen o subsisten los motivos de la petición o caso –agregando también como supuestos de procedencia de archivo aquellos casos en que no se cuente con información necesaria para alcanzar una decisión sobre la petición, o cuando exista una injustificada inactividad procesal del peticionario que importe un indicio serio de desinterés en la tramitación de la petición–, ella está obligada a notificar a las partes la posibilidad de tomar tal decisión, a modo de instarlas a presentar información relevante para la resolución del asunto.

> "d y e) Si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias; podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados".

A su vez, el párrafo 2° otorga una importante facultad a la Comisión, al disponer que no obstante lo expuesto,

> "…en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad".

En resumen, esta instancia está destinada a lograr el establecimiento de los hechos materia de controversia y su presunta violación a los Derechos protegidos por la Convención.

> "f) Se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención".

Resulta relevante el esfuerzo realizado por la Comisión para el arribo de una solución que resuelva la controversia en forma amistosa. A todo evento, el articulo 49 dispone que si se ha arribado a la misma, *"la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos…."*, debiendo contener dicho informe una *"…breve exposición de los hechos y de la solución lograda..."*

A renglón seguido, la CADH pasa a regular –aunque de manera confusa, embrollo luego aclarado por la Corte[26]– el procedimiento a seguir en caso de no llegarse a una solución amistosa. Ello puesto que la Comisión, lejos de ser un órgano llamado nada más que a investigar, y cuya tarea resida solo en establecer los hechos e intervenir como órgano de conciliación[27], se encuentra facultada a pronunciarse respecto del fondo. El artículo 50 dispone que la Comisión deberá elaborar un informe, que será transmitido a los Estados interesados, en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, agregándose en él las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del artículo 48 inc. 1.e.

El Artículo 44 del RCIDH incorpora algunos detalles al tratar el contenido de este informe, que refleja una verdadera tarea decisoria de la Comisión, en tanto dispone que luego de la deliberación y voto sobre el fondo del caso, la Comisión deberá proceder de la siguiente manera:

> "1. Si establece que no hubo violación en un caso determinado, así lo manifestará en su informe sobre el fondo.

---

[26] OC-13/93, 16/07/1993.

[27] Faúndez Ledesma, Héctor, cit. p. 465.

> El informe será transmitido a las partes, y será publicado e incluido en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA".
>
> "2. Si establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar –aquel al que refiere el artículo 50 de la CADH– con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones".

Con referencia a ese mismo informe, el artículo 51 de la CADH agrega, en los párrafos 2 y 3, que en caso de establecer que existen violaciones, "*la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada*", y que "*transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas*". Es clara la finalidad del plazo otorgado en el sentido de otorgar una chance al Estado de cumplir las recomendaciones sin necesidad de atravesar por el procedimiento contencioso que la CADH prevé –para el caso en que se trate de un Estado parte de ella–.

Es importante destacar aquí que, de acuerdo al Artículo 44 inc. 3 del RCIDH, la Comisión deberá notificar al peticionario la adopción del informe y su transmisión al Estado para dar cumplimiento de las recomendaciones efectuadas, ocasión en la cual, si se tratare de un Estado parte en la CADH que hubiera aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte –recordemos que, como se ha dicho, solo en tal caso existe posibilidad de llevar el caso a la Corte, no así en caso de peticiones contra Estados solo parte de la OEA, artículo 52 del RCIDH–, le dará al peticionario la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso al tribunal. Si el peticionario tuviera interés en que la petición sea sometida finalmente a consideración de la Corte, deberá presentar los siguientes elementos: *a. la posición de la víctima*

o sus familiares, si fueran distintos del peticionario; b. los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte; y c. las pretensiones en materia de reparaciones y costas.

4.4. Procedimiento seguido ante la Corte

El artículo 51 de la CADH, en su inciso 1°, dispone que *"si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración".* Es por ello que este artículo establece un plazo cierto y preclusivo para someter el caso –comunicación o petición que originó el procedimiento organizado por la CADH y el RCIDH– a la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, dentro del cual el Estado denunciado debe observar las recomendaciones y adoptar las medidas necesarias para solucionar la situación violatoria si desea evitar la instancia contenciosa.

La CADH no contiene disposiciones detalladas respecto del procedimiento a seguir ante la Corte, en contraposición al Reglamento de la Corte, que sí las prevé. Señala el artículo 35 que el caso será sometido por la Comisión a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la CADH, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas y de sus representantes, nombres de los Delegados, los motivos que llevaron a la Comisión a presentar el caso ante la Corte, copia de la totalidad del expediente ante la Comisión, las pretensiones y reparaciones, y las pruebas que recibió, entre otras previsiones. El artículo 36, por su parte, reproduce casi en forma textual su precedente, para el caso de que quien someta el caso a la Corte fuere un Estado.

El artículo 37 prevé que "*en casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de caso*".

Presentado el caso, el mismo se notifica a los jueces, el Estado demandado –quien expondrá por escrito su posición sobre el caso dentro del plazo de dos meses–, la Comisión –si no es ella quien presenta el caso–, y la presunta víctima, sus representantes o el Defensor Interamericano, si fuere el caso –quienes contarán con un plazo de dos meses, contado a partir de la recepción de este escrito y sus anexos, para presentar autónomamente a la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas–.

Dispone el artículo 41 que el Estado, en la contestación, deberá indicar*:" a. si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice; b. las pruebas ofrecidas; c. la propuesta e identificación de los declarantes y el objeto de su declaración; d. los fundamentos de derecho, las observaciones a las reparaciones y costas solicitadas, así como las conclusiones pertinentes"*, pudiendo también oponer excepciones preliminares en dicho escrito –artículo 42–.

A continuación, prevé una instancia oral –artículos 51 y ss.–, audiencia ante la Corte donde la Comisión expondrá los fundamentos de la presentación, serán interrogados los declarantes convocados bajo promesa de decir verdad, y declararán las presuntas víctimas –libradas de efectuar promesa alguna–, hallándose facultados los jueces para efectuarles las preguntas que consideren pertinentes. Culminada esta fase, se le concederá la palabra a las presuntas víctimas o sus representantes y al Estado demandado para que expongan sus alegatos, y posteriormente la posibilidad de una réplica y una dúplica. Concluidos los alegatos, la Comisión presentará sus observaciones finales, y para finalizar, se les concederá la palabra a los jueces a efectos de que, si lo desean, formulen preguntas a la Comisión, a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado.

A todo evento, el artículo 58 refuerza las potestades de la Corte, al disponer que en cualquier estado de la causa podrá procurar de oficio toda prueba que considere útil y necesaria; oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio, u opinión estime pertinente; requerir de la Comisión, de las víctimas o presuntas víctimas o sus representantes, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante el suministro de alguna prueba que estén en condiciones de aportar o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil; solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado; y comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción, en la sede de la Corte o fuera de ella.

Como se ve, las facultades de la Corte durante el procedimiento son amplísimas y de tinte inquisitivo. A mayor abundamiento, incluso en caso de desistimiento de quien hizo la presentación del caso, aceptación de los hechos o allanamiento total/parcial a las pretensiones por el demandado, o solución amistosa sobreviniente entre las partes –artículos 61 a 63–, la Corte, "*teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso…"* –artículo 64–.

Finalizada la etapa oral, el artículo 56 del Reglamento otorga facultad a las presuntas víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante, de presentar alegatos finales escritos, y faculta también a la Comisión a que, si lo estima conveniente, presente observaciones finales escritas.

De acuerdo al artículo 65 del Reglamento, la sentencia deberá contener, entre otros elementos, una relación de los actos del procedimiento; la determinación de los hechos; las conclusiones de las partes; los fundamentos de derecho; la decisión sobre el caso; y el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procediere; todo ello, en consonancia con lo dispuesto

por el artículo 66 de la CADH, que dispone que el fallo de la Corte deberá ser motivado, y que los jueces tendrán derecho a votar en forma disidente, agregándose al fallo su opinión.

El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención –artículo 69 de la CADH–, siendo definitivo e inapelable –artículo 67 de dicho instrumento–. A renglón seguido, dispone el artículo 68 que "*los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes*", y que *"la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*".

De acuerdo al artículo 76 del Reglamento, "*la Corte podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, presentada dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia o resolución de que se trate, rectificar errores notorios, de edición o de cálculo*" notificando en tal caso a la Comisión, las víctimas o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante.

Prevé también el artículo 67 de la CADH que "*en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo"*, agregando el artículo 68 del Reglamento que *"la solicitud de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia"*

Como conclusión del procedimiento, el artículo 69 del Reglamento prevé herramientas de supervisión de cumplimiento de las sentencias del Tribunal, otorgando amplias facultades a la Corte para requerir datos que permitan apreciar el cumplimiento, peritajes e informes que considere oportunos, e incluso convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar la ejecución de sus decisiones.

Es de interés destacar que la CADH no prevé mecanismos de coacción a los efectos de lograr el acatamiento forzado de las

sentencias emanadas de la Corte. Sin embargo, en su artículo 65 establece que la Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización un informe sobre su labor en el año anterior, señalando especialmente los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. De todas formas, tampoco se han establecido herramientas coactivas a emplear por la Asamblea contra el Estado incumplidor, aunque se ha sostenido que por ser la protección de los derechos humanos la función más importante a desempeñar por la OEA, sería viable que la Asamblea resolviera que el gobierno incumplidor, por voluntad propia, se ha colocado al margen del sistema interamericano, excluyéndolo en tal sentido de participar en la OEA.[28]

5. ¿Pérdida de supremacía de nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional?

Se ha sostenido que en virtud de la regulación analizada, la decisión de la Corte bien puede dejar sin efecto la resolución de una autoridad argentina (incluso una sentencia de la CSJN) si la considera violatoria de los Derechos Humanos consagrados en la CADH; y que, por esta razón, desde el acatamiento que Argentina ha hecho de la *jurisdicción supraestatal* de la Corte, la CSJN ha dejado en verdad de ser "suprema", puesto que sus decisiones no resultan últimas e irrevisables, perdiendo fuerza de cosa juzgada material[29] ante lo que se ha llamado una justicia de tipo transnacional[30], erigida como autoridad supranacional[31]

A ello se ha respondido que, en verdad, el calificativo de "Suprema" que a la CSJN le adjudica nuestra Constitución debe entenderse referido a la *jurisdicción interna,* como órgano máximo que en ella encabeza al poder judicial[32]. A su vez, se ha

---

[28] Faúndez Ledesma, Héctor, cit. pp. 917-918.

[29] Sagüés, Néstor Pedro, cit., pp. 617-618.

[30] Ibídem, pp. 394-395.

[31] Ibídem, p. 67

[32] Bidart Campos, Germán J., "Manual", T. III, cit., p. 340

agregado que cuando se dice que un tribunal supraestatal como la Corte puede "revisar" las sentencias de la CSJN, se incurre en error, puesto que tal actividad no puede ser llamado "revisión" propiamente dicha de lo decidido por el máximo tribunal argentino, fundamentalmente por tres razones[33]:

a) la primera, porque "*la Corte Interamericana no actúa como tribunal de alzada respecto del tribunal argentino que falló en sede interna, ni revisa —por ende— su sentencia. Se trata de un proceso internacional que es independiente del tramitado ante tribunal argentino, o sea, de un "nuevo juicio" distinto del anterior finiquitado en sede interna";*

b) la segunda, porque *"el juzgamiento internacional no implica un nuevo juicio sobre la "misma materia" juzgada en sede interna, puesto que lo que la Corte Interamericana decide con fuerza de cosa juzgada versa sobre la interpretación y aplicación de la CADH, en orden a establecer si el estado parte (en el caso, Argentina) ha violado o no un derecho o una libertad contenidos en la misma Convención"*

c) la tercera, porque la cosa juzgada de la sentencia argentina es lo que exactamente hay que obtener —como principio— para luego poder acudir a la jurisdicción supraestatal.

Por ello, se ha concluido que ni la Corte Interamericana es un tribunal que revisa —o eventualmente "revoca"— sentencias argentinas, ni la Corte Suprema de Justicia ha dejado de ser "Suprema" (y última instancia en nuestra jurisdicción interna). Constituyen en verdad dos jurisdicciones separadas que no intervienen en un mismo proceso[34].

---

[33] Ibídem, pp. 557-558.

[34] Ídem.

El ministerio público no penal

Nuevas fronteras de actuación

Juan Pablo Rico

I. Introducción. El rol y funciones del Ministerio Público No Penal

a. El "guardián de la legalidad"

De lo dispuesto por el art. 120 de la Constitución Nacional[1] y su reglamentación en los arts. 1, 2 y 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal nro. 27.148 (2015), se desprenden dos grandes grupos de funciones para el Ministerio Público Fiscal (en adelante MPF): uno más genérico relativo a la defensa de la Constitución Nacional y de los intereses generales de la sociedad, y otro más específico relativo a su función de fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal en el fuero federal y nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Si bien el primer conjunto de funciones, por su amplitud e importancia institucional trasciende la temática penal y se proyecta por las restantes materias que hacen a la administración de justicia en el ámbito federal y de la justicia nacional de la CABA, no había quedado suficientemente delineado hasta la sanción de la Ley 27.148, como sí sucedía con su rol penal, el cual se encontraba largamente consolidado al ser reconocido el MPF como el titular de la acción punitiva[2].

---

[1] "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones" (Const. 1994, art. 120).

[2] Pucciarello, M. (2011). El área no penal del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires. Sup. Adm. La Ley 2011-C, 1182.

En este sentido, las distintas concepciones acerca del rol del Ministerio Público Fiscal en el ámbito no penal han tenido una primera evolución desde teorías que le negaban relevancia institucional alguna[3], hasta la instalación de la idea de ser el "garante de la legalidad". Esto último, en razón del temor del estatal a que "el estímulo del interés individual, al cual está normalmente encomendado el oficio de dar impulso a la justicia civil, pueda faltar del todo o dirigirse a fines distintos de la observancia de la ley"[4].

En este contexto y en líneas generales, hasta la sanción de la ley 27.148 el MPF consolidó un rol preponderantemente reactivo[5] en su faz no penal, enfocado primariamente en encuadrar la actividad privada dentro del marco del orden público, muchas veces limitado a producir dictámenes no vinculantes acotados al control de legalidad, competencia o habilitación de instancia, sólo para aquellos casos en que, por imposición de la ley o por disposición del juez, se le diera intervención. Las excepciones a esta premisa suelen encontrarse a nivel de los dictámenes de la Procuración General ante la Corte[6], ámbito en el que el MPF ha ido creando una tradición de actuación más allá del clásico control de legalidad.

---

[3] "El Ministerio Público Fiscal en materia civil, comercial, contencioso-administrativo y laboral, no obstante su inutilidad, subsiste por la trama de intereses y relaciones que construye la convivencia en el pasado y cuya continuidad no tiene otra apoyatura que haber sido en la historia. Esos intereses y esas relaciones han servido para perpetuar lo disfuncional y lo superfluo. Poca preocupación parece haber causado la pérdida de tiempo en los litigios, debidas a vistas fiscales y sus consecuencias". Cueto Rúa, Julio (1993). El Ministerio Público Fiscal en materia civil, comercial, contencioso-administrativa y laboral (Una institución necesaria).

[4] Calamandrei, P. (1996). Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo II. Librería El Foro.

[5] Usamos este término en sentido opuesto al de "proactivo".

[6] Dictamen de la PGN en "Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros", 2009, Fallos 332.2339. Ver también Fallos 319:1855, 336:908, y el Dictamen de la Procuradora General de la Nación en "Universidad Nacional de La Matanza y otros", 2017, publicado en http://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/gils-carbo-dictamino-revocar-un-fallo-que-restringe-el-acceso-a-la-educacion-superior/

b. Un nuevo paradigma de actuación

A diferencia del derecho penal, que en el mejor de los casos llega con un sentido punitivo cuando el daño ya se ha producido, las otras ramas del derecho englobadas en el colectivo "no penal" permiten la opción de conjurarlo o incluso prevenirlo. Tal vez por esta razón, en los últimos 20 años tanto el constituyente como el legislador han visto al MPF como una potencial herramienta de intervención en la promoción y garantía de protección de los derechos humanos, civiles, comerciales, laborales, administrativos, de la seguridad social y del trabajo.

Ya con la sanción de la Constitución Nacional de 1994 aparece un mandato constitucional que exige una actuación más proactiva del MPF en su rol no penal, al encomendarle la función de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad" (Const. 1994, art. 120). El verbo promover[7] pareciera indicar que resulta insuficiente quedar a la espera de que un juez ordene la vista al fiscal para su actuación, mientras que la "defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad", abre todo un horizonte de actuación allende el tradicional control de competencia y habilitación de instancia.

La defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad que demanda el texto constitucional, debe ser entendida como la responsabilidad institucional de dirigir acciones estratégicas en defensa de algunos derechos, del modo que ha sido contemplado en algunas leyes particulares, como por ejemplo Ley de Concursos y Quiebras (Ley 24.522, 1995), o en la Ley de Defensa al Consumidor (Ley 24.240, 2008).

---

[7] "Guarda interés señalar que el verbo promover implica tanto `iniciar´ como `adelantar´ una cosa, procurando su logro; es decir, que el Ministerio Público no solo `promueve´ la actuación de la justicia cuando inicia o protagoniza la acción, sino también cuando, merced a su intervención, se `adelanta´ de cualquier modo el proceso en el que interviene, coadyuvando a su logro", Canda, F. (2011). La intervención del fiscal en el proceso administrativo, en obra colectiva Derecho Procesal Administrativo, Director: Guido S. Tawil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 275.

Más allá del objeto puntual de la vista, la norma constitucional habilita –a la vez que le exige– al fiscal, preguntarse si la legalidad y los intereses generales de la sociedad pueden verse afectados en el pleito, pudiendo y debiendo poner la voz del MPF en el expediente si fuera el caso.

En este sentido, y como veremos más adelante, en los últimos años la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha sido clara y contundente en el sentido de ampliar los horizontes de actuación del MPF, siempre en el marco de la defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad. Pero con la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal 27.148 (2015), se produce un verdadero quiebre en relación a la función del MPF en materia no penal, la que adquiere una nueva dimensión con especificidad propia, delineada y trascendente, que además de exigir un nuevo rol al fiscal en materia no penal, lo dota de legitimación activa e instrumentos procesales para ejercerlo.

Esta norma reglamentaria de la actuación del MPF, además de conservar las funciones vinculadas con el rol de "guardián de la ley", incorpora toda una serie de funciones y herramientas relacionadas con las categorías de acceso a la justicia, intervención en casos de asimetría o vulnerabilidad de alguna de las partes, salud pública, acciones colectivas, protección del medio ambiente, protección al consumidor, conciliación de conflictos, etc.[8].

[8] Su antecesora, la ley 24.946 (1998), reglamentó el rol no penal del MPF en su art. 41 el que establecía: " Los fiscales ante la justicia de Primera Instancia Federal y Nacional de la Capital Federal, en lo civil y comercial, Contencioso Administrativo, Laboral y de Seguridad Social, tendrán los siguientes deberes y atribuciones: a) Hacerse parte en todas las causas o trámites judiciales en que el interés público lo requiera de acuerdo con el artículo 120 de la Constitución Nacional, a fin de asegurar el respeto al debido proceso, la defensa del interés público y el efectivo cumplimiento de la legislación, así como para prevenir, evitar o remediar daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan. b) Ofrecer pruebas en las causas y trámites en que intervengan y verificar la regularidad de la sustanciación de las restantes ofrecidas o rendidas en autos, para asegurar el respeto al debido proceso. c) Intervenir en las cuestiones de competencia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público".

II. Legitimación del MPF en materia no penal. Bloque normativo vigente

Si bien desde la óptica procesal la legitimación es la facultad de exigir o contradecir un derecho, también constituye un perfil político, ya que dar o no dar voz a alguien para que exija sus derechos, es una decisión del legislador quien puede facilitar o no el acceso a la justicia[9]. Pero la legitimación también es un espacio a conquistar, ya que muchas veces no basta con que una norma la reconozca: requiere de crear una cultura reclamándola en cada expediente, para que los jueces la tornen operativa.

A la par de la asignación de nuevas funciones, roles y deberes, el legislador ha dotado al MPF de un nuevo ámbito de legitimación para actuar, mucho más amplio, proactivo y dinámico que el de esperar la vista para producir un dictamen no vinculante y acotado.

A continuación haremos una enumeración no taxativa de las funciones y herramientas procesales que la norma impone a la actuación del fiscal con jurisdicción en materias no penales.

Normativamente, el rol del MPF en cuanto en materia no penal consiste en:

- Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República (Const. 1994, art. 120);
- Velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte (Ley 27.148, 2015, art. 1);
- Procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes (Ley 27.148, 2015, art. 1);
- Dictaminar en las causas que lleguen a su conocimiento de la CSJN, siempre que exista controversia sobre la

[9] Arroyo, F. (2013). La legitimación activa de las fiscalías contencioso administrativas de la Ciudad de Buenos Aires para promover acciones judiciales no penales. Estudios de Derecho Público, pág. 579. Asociación de Docentes. UBA. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

interpretación o aplicación directa de una norma de la Constitución Nacional, o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte (Ley 27.148, 2015, art. 1);

- Dictaminar en cualquier otro asunto que la CSJN requiera su dictamen fundado en razones de gravedad institucional o por la importancia de las normas legales cuestionadas (Ley 27.148, 2015, art. 1);
- Intervenir según circunstancias e importancia del asunto, en casos presentados en cualquier tribunal federal o nacional con competencia sobre la Ciudad de Buenos Aires, siempre que se cuestione la vigencia de la Constitución Nacional o de los instrumentos internacionales. (Ley 27.148, 2015, art. 2);
- Velar por el debido proceso legal (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. a);
- Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial en los conflictos en los que se encuentren afectados:

  – Intereses colectivos o difusos. (Ley 27.148, 2015, art. 2 y art. 31 inc. b);

  – Un interés y/o una política pública trascendente (Ley 27.148, 2015, art. 2 y art. 31 inc. b);

  – Normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares (Ley 27.148, 2015, art. 2 y art. 31 incs. b y e);

  – El acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes. (Ley 27.148, 2015, art. 1, art. 2, art. 31 inc. b y art. 36);

  – Cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes. (Ley 27.148, 2015, art. 2 y art. 31 inc. b);

  – Cuando estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia

de la Constitución Nacional. (Ley 27.148, 2015, art. 1, art. 2 y art. 31 inc. b);

– Conflictos de competencia y jurisdicción de los órganos jurisdiccionales (Ley 27.148, 2015, art. 2 y art. 31 inc. e).

- Intervenir en aquellos casos en los que una norma especial lo determine. (Ley 27.148, 2015, art. 2 y art. 31 inc. d.);
- Intervenir en los casos en los que se encuentre en juego daños causados o que puedan causarse al:

  – Patrimonio social (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. d.);

  – La salud pública (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. d.);

  – Al medio ambiente (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. d.);

  – Al consumidor (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. d.; Ley 24.240, 2008, art. 52);

  – A bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico. (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. d.).
- Intervenir en los procesos de:

  – Nulidad de matrimonio (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. f);

  – Divorcio (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. f);

  – Filiación (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. f).
- Intervenir en todos los procesos relativos a:

  – Estado civil y nombre de las personas (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. f);

  – Venias supletorias (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. f);

  – Declaración de pobreza (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. f);

  – Procesos judiciales en los que se solicite la ciudadanía argentina (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. g);
- Conocer los reclamos y necesidades de los distintos sectores sociales, manteniendo informada a la comunidad (Ley 27.148, 2015, art. 36);
- Ser parte en la alzada en los supuestos del art. 51 de la Ley 24.522. (Ley 24.522, 1995, art. 276);
- En materia de derecho del trabajo:

– Velar por la observancia de las leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones que deban aplicarse por la Justicia Nacional del Trabajo, pedir el remedio de los abusos que notare, y, en general, defender imparcialmente el orden jurídico y el interés social (Ley 18.345, 1969, art. 12);

– Intervenir en todo asunto judicial que interese a la persona o bienes de los menores de edad otros incapaces, o ausentes, o en que estén afectados sus derechos, y entablar en su defensa las acciones o recursos admisibles, juntamente con sus representantes o en forma independiente (Ley 18.345, 1969, art. 12);

– Ser parte necesaria en todas las causas del trabajo y en las cuestiones de competencia (Ley 18.345, 1969, art. 12);

– Velar por la uniformidad de la jurisprudencia, para lo cual deberá entablar los recursos que correspondieren (Ley 18.345, 1969, art. 12);

– Evacuar las vistas, conferidas por los jueces o por la Cámara (Ley 18.345, 1969, art. 12);

– Pedir las medidas tendientes a prevenir o remediar colusiones de las partes (Ley 18.345, 1969, art. 12);

– Promover por sí o por intermedio de la autoridad que corresponda, la aplicación y ejecución de las sanciones por inobservancia de las leyes de fondo y las procesales (Ley 18.345, 1969, art. 12);

– g) Intervenir en todos los demás casos previstos en las leyes (Ley 18.345, 1969, art. 12);

Para llevar adelante estas funciones, la ley legitima al MPF para:

- Poner en acto (promover) la actuación de la justicia y el acceso a la justicia (Const. 1994, art. 120; Ley 27.148, 2015, art.1, art. 2 y art. 36);
- Emitir dictámenes en los asuntos puestos a su consideración (Ley 27.148, 2015, art. 2);

- Ser tenido por parte, accionar y peticionar y realizar demás actos procesales propios de la parte, como ofrecer y producir prueba, recusar, requerir nulidades, plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, etc.; pudiendo efectuar toda petición tendiente al cumplimiento de su misión y en defensa del debido proceso (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. b);
- Peticionar el dictado de medidas cautelares y dictaminar sobre su procedencia. (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. b);
- Interponer acciones previstas en la ley 24.240 (Ley 27.148, 2015, art. 31 inc. b y Ley 24.420, 2008, art. 52);
- Alegar la nulidad absoluta de los actos jurídicos (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014, art. 387);
- Intervenir en la gestión de los conflictos, facilitando su resolución alternativa a la judicial (Ley 27.148, 2015, art. 9 inc. e y 35 inc. b).

III. La jurisprudencia

Como lo adelantáramos más arriba, aún antes de la sanción de la Ley 27.148 (2015), la jurisprudencia de la Corte ha ido validando la ampliación del ámbito de actuación del Ministerio Público Fiscal en su rol no penal, concediéndole a las nociones de "interés general" y "orden público", un marco mucho más amplio que el del control de legalidad tradicional. Asimismo validó la intervención del fiscal más allá de la existencia, contenido y alcance de vistas corridas por parte del poder judicial, remarcando la autonomía del MPF por la cual los jueces carecen de atribuciones para suplir a los fiscales en la determinación de los asuntos que requieren su intervención y en la modalidad de su actuación (CSJN, "Lamparter c Baldo s/Daños y Perjuicios", 1992 Fallos 315:2255).

Un claro ejemplo de lo que proponemos es el caso "Clínica Marini S.A." de 2013, en el que el más alto tribunal reconoció la legitimación procesal del MPF para deducir recurso extraordinario federal en casos donde las partes no habían intentado esa vía

recursiva, al entender "que tanto la Constitución Nacional en su artículo 120, como en la ley que rige su actuación, encomiendan al Ministerio Público la función de defender el orden público en su integridad" (CSJN, 2013, Fallos 336:908)[10].

Sin embargo, en los tribunales inferiores la cuestión no ha generado soluciones uniformes, y aún hoy siguen apareciendo pronunciamientos que niegan o limitan el ámbito de actuación del MPF. En este sentido, resulta interesante comentar un caso reciente y en vigencia de la Ley 27.148, en el que la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal desestimó el recurso de apelación sostenido por el Fiscal General de Cámara[11], contra la sentencia de primera instancia en un caso en que se debatía la inconstitucionalidad de dos artículos de la Ley 27.204 de Implementación Efectiva de la Responsabilidad del Estado en el Nivel de Educación Superior; con el fundamento de que ninguna de las partes había apelado el fallo, y que el fiscal solo había intervenido en el proceso a los fines de dictaminar respecto de la procedencia formal de la vía y sobre la inconstitucionalidad planteada (rol de guardián de la legalidad). De tal modo, consideró la Sala que el recurso interpuesto por el MPF era improcedente, porque el pronunciamiento no podría tener efecto respecto de las partes, para quienes la sentencia había quedado firme.

El caso llego a la Corte por vía de la queja, y si bien a la fecha de producción del presente artículo permanece sin resolución, resulta esclarecedor el dictamen que sobre este tema produjo la Procuradora General de la Nación[12]. Al respecto y con argumento en lo dispuesto por los arts. 1, 2, 31 de la Ley

---

[10] En igual sentido, ver S.C. A. 113, L. XLVI, "AESA Aceros Especiales S.A. s/quiebra s/Incidente de apelación" (2013); SC- D. 231, L. XLIV, "Dolce Pasti S.A. s/quiebra" (2013).

[11] CN Contencioso Administrativo Federal, Sala III, Universidad Nacional de La Matanza y otro c/EN - Ministerio de Cultura y Educación" s/Amparo Ley 16.986; interlocutoria del 03/05/16, Expediente CAF Nº 80.419/2015.

[12] Dictamen de la PGN en "Universidad Nacional de La Matanza y otros", 2017, publicado en http://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/gils-carbo-dictamino-revocar-un-fallo-que-restringe-el-acceso-a-la-educacion-superior/

27.148 y 120 de la Constitución Nacional, la Procuradora General sostuvo el recurso interpuesto por el Fiscal General y manifestó que "*Dado que ese interés general en juego excede claramente el interés coyuntural de la actora y la demandada, ello otorga al Ministerio Público la legitimación conferida por el artículo 120 de la Constitución Nacional, y normas reglamentarias ya citadas, para requerir un pronunciamiento en defensa de la sociedad, circunstancia que habilita la intervención de los jueces a fin de resolver la cuestión controvertida*".

IV. Conclusiones

Hoy pareciera improbable sostener que el rol no penal del MPF no se encuentre delimitado como el penal, desde que ha sido dotado por el constituyente de autonomía para asumir funciones trascendentales que impactan en forma directa en la posibilidad y calidad del acceso a la justicia de los ciudadanos, especialmente en aquellos casos en que estén en juego sus derechos humanos, patrimoniales, culturales, de familia, de la seguridad social, del trabajo y los que surgen de sus interrelaciones con el Estado.

Del texto legal surge con claridad que el fiscal está ahora facultado, no sólo para contestar las vistas que se le corren sino también para requerirlas, dictaminar más allá de lo solicitado por el juez siempre que considere afectado el interés general de la sociedad, accionar, requerir medidas cautelares, recurrir en forma autónoma, intermediar en los conflictos procurando soluciones alternativas a la controversial de la justicia, apelar incluso cuando las partes no lo hicieran, interactuar con los demás actores de la sociedad civil e institucional, etc.

Es la sociedad la que en definitiva se beneficia con estos con nuevos canales que procuran preservar y garantizar el ejercicio de sus derechos "civiles". Sin embargo, volver operativas estas cláusulas legales, requieren de un cambio cultural de sus operadores.

En el caso de los jueces, les corresponderá reconocer y habilitar las nuevas vías de acción y participación que le requieran los fiscales, así como también apalancarse en el MPF, dándole participación y requiriendo de su asistencia allende el clásico rol de "garante de la legalidad".

A los fiscales de todas las instancias con competencia no penal, le corresponderá asumir este nuevo rol, utilizando todas las herramientas que la norma le proporciona. Con cada nueva vista y más allá de su contenido, se podrá preguntar si se encuentra en el caso comprometido el acceso a la justicia de de alguna de las partes, o si existe una asimetría entre ellas que requiera de algún grado de compensación, o en definitiva cualquier situación que requiera que la voz del MPF se haga presente para preservar el interés general de la sociedad. Y más allá del caso concreto, este nuevo paradigma de MPF no penal le impone al fiscal estar atento a las distintas problemáticas no penales que atraviesa la comunidad bajo su jurisdicción, en las que con su actuación pueda llevarle más y mejores soluciones de servicio de justicia.

El derecho de acceso a la información pública en la Provincia de Buenos Aires

Aspectos normativos y jurisprudenciales

Ricardo S. Piana y Fernando M. Amosa

1. El acceso a la información pública como derecho

El derecho de acceso a la información pública tiene como derecho fundante el derecho humano a la información, necesariamente vinculado a los derechos de libertad de pensamiento y de expresión. En el caso de la información pública, este derecho es un derecho humano, ciudadano y colectivo, basado en el derecho a petición y la obligación de transparencia de la actividad gubernamental, que tiene por principal obligado al Estado.

Decimos que el acceso a la información pública es un derecho humano porque está vinculado con el derecho de todo individuo a recibir ideas e información, elaborarlas y difundirlas, permitiendo la concreción de un ámbito personal de autorealización individual y colectiva[1] y decimos que es un derecho ciudadano porque sustenta el adecuado funcionamiento de la democracia al ser condición para garantizar otros derechos, en particular el de la participación ciudadana en la gestión pública y el control del gobierno[2]. Afirmamos que es un derecho colectivo

---

[1] Como veremos, el carácter de derecho humano ha sido reconocido por la Corte Interamericana de derechos humanos en Corte IDH, "Claude Reyes y otros vs. Chile", Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

[2] Entendido en su dimensión ciudadana el derecho de acceso a la información pública es un derecho político asentado en ciertas características sobre las que se asienta el régimen republicano (la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la administración) y el sistema democrático (participación y libertad para seleccionar las diferentes opciones políticas). Publicizada la concepción, aparece como fundamento del acceso a la información en poder del Estado, la prerrogativa que tiene todo individuo de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios se desempeñan así como el destino del dinero público. La

porque la información a la que se accede es un bien público no individual[3] que se brinda no sólo a quien la solicitó y que puede libremente difundir quienes a ella acceden[4].

Dado que el acceso a la información pública, como su eventual difusión, le brinda al ciudadano la posibilidad de desarrollar un pleno ejercicio cívico[5], pilar elemental para sostener las bases democráticas, cualquier restricción al libre acceso debe estar expresamente prevista, fundada en los ordenamientos jurídicos y acreditado el interés público en la no difusión[6].

Cabe destacar que en la arquitectura constitucional de los sistemas democráticos contemporáneos, la división de poderes constituye uno de los pilares cardinales para el ejercicio del

---

propiedad de la información no es del Estado, sino que le pertenece a los ciudadanos, y la posesión de la misma por parte del Estado sólo se justifica en su carácter de representante de la ciudadanía.

[3] Sólo se justificaría un perfil individual del derecho en el caso concreto de acceso a los archivos y bancos de datos estatales cuando se requiere conocer información relativa a un dato personal ya que en este caso es "su propia información" o la información de datos inherentes a su persona y no es un "bien colectivo"; no pertenece a la cosa pública aunque dichos datos puedan obrar en archivos estatales y tener la calidad de documento público. Pero entendemos que no debe confundirse el instituto que estamos estudiando con el del acceso y/o rectificación del dato personal (y eventual supresión de datos sensibles) que tienen su propio régimen legal y de protección, Ley Nº 25. 326.

[4] Según Basterra (2017) se encuentra en el plano de los "derechos-autonomía" que tienden a potenciar el ámbito de autonomía de los individuos a efectos de lograr su plena realización, que se dará en orden a la posibilidad de concreción del plan de vida que eligió cada uno. Cumple con una indudable función maximizadora del espacio de autonomía personal, posibilitando la libertad de expresión mediante la estimulación del pensamiento: al acceder a mayor información se toma contacto con una diversidad de opiniones y voces susceptibles de influir o ser determinantes al momento de elegir nuestro proyecto de vida.

[5] El resguardo de ambos derechos, acceso y difusión, permite a la vez proteger la libertad de pensamiento y de expresión, necesitando ambas a la información para estimular el pensamiento y la reflexión, en el caso particular, sobre los asuntos públicos. De ahí, como señaláramos, su carácter de derecho humano.

[6] Como ha señalado Vallefín (2009), en materia de información pública el acceso constituye la regla por lo que la negativa a suministrarla debería estar sujeta a un test tripartito: 1) la información debe relacionarse con un fin legítimo estipulado en la ley, 2) la divulgación debe amenazar con causar un perjuicio considerable a dicho objetivo y 3) el perjuicio al objetivo debe ser mayor que el interés público de tener esa información.

control del poder, pero no puede agotarse en él: el otro cimiento está conformado por los derechos fundamentales que viabilizan el campo de acción de la ciudadanía que por medio del voto y la participación en la gestión pública ejercen el último control[7].

El escrutinio de la ciudadanía sobre el desempeño de su gobierno no puede presuponerse a partir de la mera división de poderes y dispersas manifestaciones republicanas como la publicidad de los actos de gobierno, los debates o el inicio de las sesiones parlamentarias[8]. Para que la ciudadanía tenga capacidad de emitir un juicio sobre los asuntos públicos debe tener acceso a los elementos necesarios para llevarlo a cabo de manera razonada e informada y la posibilidad de que su opinión sea divulgada y confrontada con la de otros individuos[9].

Así como el principio de razonabilidad del Estado se traduce en el derecho ciudadano a la no arbitrariedad del poder, visto el acceso a la información pública no ya como expresión garantística del principio de transparencia de la gestión, sino como derecho ciudadano colectivo, puede ser estudiado como derecho ciudadano a la ética en la gestión pública o derecho a la "no corrupción"[10]. En esta línea se caracteriza como un derecho

---

[7] En efecto, la división de poderes, más bien su distribución a través de órganos diferenciados, supone la fiscalización mutua y la colaboración para la toma de las decisiones colectivas. Pero en este esquema clásico, el ciudadano permanecía excluido del proceso inter-poderes. Sólo con la ampliación de la participación ciudadana de la mano de los partidos de masas, el voto y más tarde los institutos de democracia semidirecta, se han consolidado como el otro eje del control, el democrático, que se suma al republicano. Y es en estos últimos años que se va consolidando, como derecho, la participación en la gestión pública que también supone el acceso de la información pública.

[8] Basterra (2017) califica a este sistema a todas luces insuficiente y débil. El acceso a la información oficial debe ser en todos los casos la base de rendimiento de las cuentas públicas ya que sólo así se podrá disponer de un catalizador que permita un auténtico control democrático sobre las ramas del poder estatal.

[9] Sin posibilidades reales de tener acceso a la información para formar sus propios criterios relativos a la gestión estatal, esto es, sin capacidad para distinguir y juzgar políticas públicas, lo que hay es mera opinión pública que, como sabemos, puede ser fácilmente guiada no sólo por los detentadores del poder sino también por contrapoderes fácticos.

[10] La construcción del derecho colectivo a la no corrupción tuvo desarrollos interesantes doctrinarios. Inicialmente expuesto por Luis Carello en 1998, pero continuado por otros como

público subjetivo en favor de los gobernados que impone deberes a los órganos estatales, puntualmente de realizar su gestión pública en el ámbito administrativo con apego a la legalidad y ética en la gestión[11].

2. El derecho al acceso a la Información Pública en el plexo normativo jurisprudencial argentino

El derecho de acceso a la información pública, si bien de reciente cristalización en un complejo normativo, reconoce sus antecedentes en clásicos derechos que hoy forman parte del derecho convencional de derechos humanos.

El art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); el art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); el inc. 2° del art. 19 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el inc. 1° del art. 13 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) refieren al derecho a la información

---

Gordillo (2009, 2017) y Buteler (2012), entro otros, ha sido planteado como derecho humano y derecho colectivo.

[11] Ello abre las puertas a la problemática de la "transparencia", por un lado, y por el otro al acceso directo a las fuentes primarias de información. La idea de la transparencia administrativa, caracterizada por una evidente carga axiológica, contribuye a la legitimidad de las administraciones, ya que posibilita su permanente control. Mediante la visibilidad, cognositividad, accesibilidad y, por lo tanto, posibilidad de control de los actos de gobierno, se refuerza el concepto de legitimidad democrática. En esta tesitura se inscribe la línea argumental de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al destacar que el derecho a la información pública es un elemento de legitimidad para el poder administrador estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno. Lo que además "*es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. En este sentido, el debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio a lo que todos aspiramos, es decir vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia*" (CSJN, 2016, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo", consid. 18 del voto de mayoría).

en sentido amplio[12]. En el sistema americano de protección de los derechos humanos, respecto del artículo 13 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) que también consagra el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, incluyendo la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

> 77. … la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea (Corte IDH,

[12] Libertad de opinión, incluyendo el de no ser molestado y de difundirlas; libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento; libertad de pensamiento y de expresión, incluyendo buscar, recibir y difundir; libertad de expresión incluyendo la de buscar, recibir y difundir; igualdad en el acceso a la información y las comunicaciones, respectivamente.

"Claude Reyes y otros vs. Chile", Sentencia de 19 de septiembre de 2006, p. 43)[13].

Queda entonces, a partir de este fallo, claramente configurado el derecho de acceso a la información pública como derecho humano reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica.

En el ámbito nacional, la reforma constitucional de 1994, además de incorporar estos tratados al bloque de constitucionalidad, fijó algunas pautas dispersas respecto al derecho de acceso a la información pública. En el capítulo segundo "Nuevos derechos y garantías" de la primera parte de la Constitución aparece el derecho a la información y el correlativo deber estatal de proveerlo en lo referente a partidos políticos, medioambiente y derecho del consumidor. Así, el art. 38 indica que se les garantiza a los partidos políticos, entre otros, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas; el art. 41 manda que las autoridades proveerán información y educación ambientales para gozar del derecho a un ambiente sano y equilibrado; por último, el art. 42 reconoce a los consumidores y usuarios de bienes y servicios el derecho una información adecuada y veraz, derecho éste que también puede ser incoado frente al Estado.

También resulta relevante reseñar la Carta Democrática Interamericana (2001) que reconoce como uno de los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia a la transparencia de las actividades gubernamentales y por otro, la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996)[14], que en el Artículo III inc. 5 promueve la aplicabilidad de medidas destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la contratación de funcionarios públicos que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003),[15] que en su artículo 10 sugiere a los Estados adoptar diversas medidas para aumentar la transparencia en su

[13] Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

[14] Esta Convención fue aprobada por Ley Nº 24.759.

[15] Internalizada por Ley Nº 26.097.

administración pública, incluyendo lo relativo a la organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones[16].

Sin que tengan obligatoriedad normativa, pero marcando un código deontológico de fuerte legitimidad en materia de buenas prácticas en la gestión gubernamental, los documentos elaborados por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)[17], tienen particular relevancia. Bajo su propuesta, los Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, incluyendo los de Argentina, han aprobado en las diversas Cumbres documentos internacionales referentes a la función pública, el gobierno electrónico y el gobierno abierto, entre otras temáticas[18]. En ellos y, con creciente interés, el acceso a la información púbica aparece como uno de los pilares del buen gobierno, especialmente a partir de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública donde

---

[16] Entre otras, señala: a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público; b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.

[17] El CLAD es un organismo público internacional, de carácter intergubernamental que se constituyó en el año 1972 bajo la iniciativa de los gobiernos de México, Perú y Venezuela y su creación fue recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2802 - XXVI) con la idea de establecer una entidad regional que tuviera como eje de su actividad la modernización de las Administraciones Públicas como factor estratégico en el proceso de desarrollo económico y social. Institucionalmente es la Secretaría técnica permanente de las Conferencias Iberoamericanas de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado que se realizan en el marco de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno.

[18] Entre ellos señalamos la Carta Iberoamericana de la Función Pública aprobada en Bolivia en 2003, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, aprobado en Uruguay, en 2006, la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, aprobada en Chile, en 2007, la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, aprobada en El Salvador, en 2008, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, aprobada en Portugal, en 2009, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada en Panamá, en 2013 y la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto, aprobada en Bogotá, en 2016, entre otros.

un capítulo está dedicado al "Acceso a la información pública para la participación ciudadana".

A partir de la consolidación a nivel mundial de las políticas de gobierno abierto[19] a través de la Alianza para el Gobierno Abierto[20], el acceso a la información pública se encuentra hoy en el centro de las temáticas para el buen gobierno[21].

En nuestro país el acceso a la información pública estuvo relegado, durante mucho tiempo, a la mera publicidad de los actos de gobierno, aunque uno y otro no deben confundirse[22]. Este fundamental principio del republicanismo, el de la

---

[19] El llamado gobierno abierto, más allá de toda conceptualización, tiene enormes implicancias prácticas, al punto que es el entorno de ejecución de un conjunto de medidas que si bien no son todas tecnológicas, se sirve de estas últimas para desarrollarse mediante las potencialidades que ofrecen. En el gobierno abierto subyace la idea de abrir al público, en forma libre y gratuita, los datos, añadiendo nuevos mecanismos de participación e incorporación de los sectores no gubernamentales. La tecnología aparece en el escenario contribuyendo a una nueva relación y forma de gobernar, lo cual implica la "apertura" mediante canales de comunicación, fomentándose de este modo la transparencia. El gobierno abierto implica una relación de "doble vía" entre ciudadanía y Estado, posibilitada por la disponibilidad y aplicación de las tecnologías de la información y el conocimiento que facilitan múltiples interacciones entre actores sociales y estatales, cristalizando en vínculos más transparentes, participativos y colaborativos. Supone ampliar la esfera de lo público, abrir la "caja negra del Estado" (conf. Ivanega, 2016) mediante la participación y protagonismo del ciudadano; transparentar la gestión, admitir un mayor protagonismo para la ciudadanía en la administración del gobierno y expandir las posibilidades de brindar más y mejores servicios a través de un mejor acceso a los sistemas de información. Para una mayor conceptualización, véase Oszlak y Kaufman (2014).

[20] https://www.opengovpartnership.org/

[21] Esta iniciativa tiene a Argentina como uno de los países con mayor despliegue en los últimos años en cuanto a iniciativas. De los actuales 44 compromisos asumidos por nuestro país, la mayoría se corresponde con los de acceso o difusión de la información pública.

[22] En efecto, no debe confundirse el derecho de acceso a la información pública con la publicidad de los actos de gobierno. Según Ekmekdjian (1994:151), se entiende por publicidad el "*deber de comunicar los actos de gobierno a la opinión pública, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de tomar conocimiento de aquellos, de su contenido, de su gestación y concreción, y ejercer el control del poder que les compete*". El acceso a la información pública, en cambio, es un derecho más amplio: incluye información que tiene el Estado y que por no traducirse en actos administrativos, insumo principal de los Boletines Oficiales, no tiene, en principio, la obligación de publicitar; nace a partir de la petición ciudadana; supone, a su vez, la posibilidad de difundir esa información, reagrupar y/o producir conocimiento. Por otro lado, mientras que la publicad de los actos de gobierno tiene su base en el sistema republicano

publicidad de los actos de gobierno, fue generalmente asociado a la publicación en el Boletín Oficial de los resultados de la toma de las decisiones de los distintos poderes (leyes, decretos, sentencias, versiones taquigráficas de los debates, etc.). Este hacer conocer es evidentemente muy limitado pues no permite sino sólo un control limitado y *ex post*.

Argentina era uno de los pocos países en la Región que no contaba con una ley específica en la materia[23]. Desde fines del 2003 estuvo en vigencia el Decreto nº 1172/03 de Acceso a la Información Pública, aunque la Corte Suprema de Justicia de la Nación había marcado un déficit tanto normativo[24] como en la práctica de su cumplimiento por diversos Organismos del Ejecutivo[25].

(Díaz Cafferata, 2009), el derecho de acceso a la información pública tiene raigambre en los principios del sistema democrático.

[23] Sin embargo, pueden destacarse algunos antecedentes legales, tales como las Leyes Nº 24.065 y 24.076 (marcos regulatorios de electricidad y gas); la Ley Nº 24.240 (Defensa al Consumidor); la Ley Nº 25.152 (convertibilidad fiscal); la Ley Nº 25.188 (Ética en la Función Pública), la Ley Nº 25.675 "Ley General del Ambiente".

[24] De todas formas, en este período debe destacarse que en el ámbito nacional, antes de la actual Ley de Acceso a la Información Pública Nº 27.275, y a partir de este marco normativo, se dio una considerable proliferación de normas que preveían el acceso a la información pública sin llegar a constituir un régimen integral de alcance general, sino que se circunscribieron al ejercicio de ese derecho en sectores o ámbitos específicos o que reconocían este derecho en la esfera de su regulación. Entre ellas, la Ley Nº 25.831 (Régimen del Libre Acceso a la Información Pública Ambiental), la Ley Nº 26.047 (Acceso a la información de registros nacionales de sociedades, asociaciones y fundaciones), la Ley Nº 26.331 sobre "Protección ambiental de los bosques nativos", la Ley Nº 26.522 (de radiodifusión); y a nivel del Ejecutivo, entre otros, los Decretos Nº 378/05 (Plan Nacional de Gobierno Electrónico y Planes Sectoriales); y Nº 616/10 (reglamentario de la Ley de Migraciones Nº 25.871).

[25] Pueden destacarse el caso "Asociación por los Derechos Civiles c/PAMI" de 2012, donde la Corte nacional sostuvo que "*El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a la información; toda vez (…) que 'la información pertenece a las personas, la información no es propiedad del Estado y el acceso a ella no se debe a una gracia o favor del gobierno. Este tiene la información solo en cuanto representante de los individuos. El Estado y las instituciones públicas están comprometidos a respetar y garantizar el acceso a la información a todas las personas. El Estado debe adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para promover el respeto a ese derecho y asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva'*". En 2014, insistió con este argumento en el caso "CIPPEC C/Min. de Desarrollo Social- dto. 1172/03, Amparo ley 16.986" y obligó al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (MDS) a brindarle a una

Luego de varios proyectos de ley que intentaron modificar este déficit, el actual Poder Ejecutivo Nacional remitió al Congreso un proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública, aprobado y promulgado en 2016 como Ley Nº 27.275. Entre los fundamentos, se sostiene que el proyecto se enmarca en el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno y en el derecho de acceso a la información pública derivados de los artículos 1°, 33 y 38 de la Constitución Nacional y por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos a los que el artículo 75 inciso 22 les otorga jerarquía constitucional.

La Ley regula el acceso a la información pública en todas las áreas del Estado, incluyendo el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, organismos centralizados, descentralizados, empresas y sociedades estatales y cualquier otra entidad privada a la que se le haya otorgado subsidios o aportes del Estado Nacional, entre otros. Se clarifica el alcance de la información pública y enumera de modo preciso las circunstancias y procedimientos que permiten denegar los pedidos de información. Dos artículos del texto son clarificadores del alcance de la norma:

> Artículo 2°. Derecho de acceso a la información pública. El derecho de acceso a la información pública comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el artículo 7º de la presente Ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma.
>
> Se presume pública toda información que generen, obtengan, transformen, controlen o custodien los sujetos obligados alcanzados por esta Ley.
>
> Artículo 4°. Legitimación activa. Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y recibir

organización de la sociedad civil datos solicitados en 2008 sobre transferencias en concepto de "Ayuda social a las personas" que había solicitado y que el Ministerio que había negado aduciendo que los mismos eran datos sensibles. Un breve pero interesante análisis a estos casos y otros, puede ampliarse en Berardi (2018).

> información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado.

Si bien no es materia de este artículo un examen de la Ley nacional[26], aspectos loables de la misma[27] se han visto opacados por el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 746/17 en cuanto modifica las competencias de la Agencia de Acceso a la Información Pública, la que pasó a estar en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, dependiendo ahora de ésta el diseño de su estructura orgánica y la designación a su planta de agentes. Esta dependencia normativa (y política) limita, sin lugar a dudas, la autonomía funcional del nuevo Organismo y los aspectos de control allí previstos[28-29].

---

[26] Para un análisis más profundo de la norma, nos remitimos a Basterra (2017); Vallefín y López (2017), Funes y Rivas (2016), Gelli (2016), entre otros.

[27] Algunos de los principios que determina la ley, además del de legitimidad activa amplia y transparencia activa, son los de presunción de publicidad de toda la información en poder del Estado; informalismo en las reglas para acceder a la información; máximo acceso, esto es, la información debe publicarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y por la mayor cantidad de medios disponibles; apertura (accesible en formatos electrónicos abiertos); no discriminación; máxima premura; gratuidad; responsabilidad; facilitación; buena fe e "*In dubio pro petitor*", es decir, siempre debe estarse en favor de la mayor vigencia y alcance del derecho a la información.

[28] Para garantizar que la norma se aplique, la ley prevé varios mecanismos. En primer lugar, la denegatoria debe hacerse por vía de resolución por la máxima autoridad del organismo o entidad requerida que, como tal debe fundarse. Además, el silencio del sujeto obligado, vencidos los plazos previstos (15 días hábiles prorrogables excepcionalmente por otros 15), así como la ambigüedad, inexactitud o entrega incompleta, son considerados como denegatoria injustificada a brindar la información. En ese caso, se abre directamente la posibilidad de recurribilidad ante la justicia sin necesidad de agotar la vía administrativa (arts. 11, 13 y 14 de la Ley). Además, a la Agencia de Acceso a la Información Pública, para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública y promover medidas de transparencia activa (Capítulo IV del Título I de la Ley), se le encomienda entre las funciones más destacadas, la de implementar una plataforma tecnológica para la gestión de las solicitudes de información y sus correspondientes respuestas así como requerir a los sujetos obligados que modifiquen o adecuen su organización, procedimientos, sistemas de atención al público y recepción de correspondencia a la normativa aplicable así como intervenir, administrativamente ante reclamo del interesado (arts. 14, 15 y 24 de la Ley).

[29] Otro aspecto que merece una mayor revisión es haberle asignado a la Agencia, a través de este DNU, competencias en materia de protección de datos personales, entonces a cargo

3. Estado actual de la normativa referente al derecho de Acceso a la Información Pública en la Provincia de Buenos Aires

El derecho de Acceso a la Información Pública tiene base constitucional en nuestra Provincia. La Constitución local reconoce este derecho de los ciudadanos en el art. 12° inc. 4 cuando enumera que "*Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos (…) 4) A la información y a la comunicación*". Asimismo, cabe destacar que es deber constitucional de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política. Al igual que en la Constitución Nacional, en materia medioambiental, el art. 28 garantiza el derecho a solicitar y recibir adecuada información, el 38 el derecho de los consumidores y usuarios a una información adecuada y veraz y el 59 el acceso a la información pública a los partidos políticos. También su art. 43 manda la transferencia de los resultados de la investigación científica y tecnológica efectuada con recursos del Estado y la difusión de los conocimientos y datos culturales mediante la implementación de sistemas adecuados de información.

En el ámbito bonaerense no se cuenta aún con un régimen integral de Acceso a la Información Pública[30]. No obstante ello, existe un régimen legislativo limitado al "Acceso a los documentos administrativos" el cual adolece de ciertas limitaciones que seguidamente analizaremos.

En los fundamentos presentados de la que sería aprobada como Ley Nº 12.475 se señala que …

---

de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, dependiente del Ministerio de Justicia. Ambos derechos, de igual raigambre constitucional, pasan a depender de un único organismo que ha sido creado, fundamentalmente, para garantizar el acceso a la información pública mientras que los aspectos vinculados a la protección de datos personales se orientan tanto al sector público como privado.

[30] Es importante destacar que una instancia que parece compatible con el acceso a la información y la Participación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, es la Ley Nº 15.569 sobre audiencias públicas. Asimismo,

> La presente iniciativa (...) pretende resguardar tanto la publicidad de los actos de gobierno, como la efectiva vigencia de la seguridad jurídica. Constituye, en consecuencia, una forma explícita de asegurar la subordinación de la actividad estatal a la Constitución, que es uno de los pilares básicos y fundamentales del estado de derecho. Sin perjuicio de ello creemos que el proyecto también encuentra sustentación en dos necesidades sociales igualmente relevantes: la reforma y modernización de las estructuras estatales y la exigencia de la transparencia de los actos públicos[31].

Como hemos señalado, no regula un sistema de acceso a la información pública generada, en trámite o en guarda por el Estado, sino solamente crea un ámbito normativo que permite el conocimiento de cierta información generada por el Estado que se encuentre plasmada en un documento administrativo[32].

En efecto, la Ley reconoce a toda persona física o jurídica que tenga interés legítimo el derecho de acceso a los documentos administrativos a los que define en su art. 2° como *"toda representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética, informática, digital o de cualquier otra especie, que contenga datos o informaciones provenientes de órganos públicos del Estado Provincial cuya divulgación no se encuentre prohibida expresamente por la Ley".*[33]

Respecto al interés legítimo[34], que constituye uno de los principales obstáculos de la norma, la Ley requiere que la solicitud de

---

[31] La adscripción de la norma no sólo a los principios de publicidad de los actos de gobierno y la seguridad jurídica sino también a la transparencia y reforma y modernización resulta muy interesante para ese momento, año 1999, aprobada en el 2000. Expediente Origen: D- 534/98-99 presentado por Mario Luis Espada.

[32] Esto es, regula una especie en un género mucho más amplio.

[33] La enumeración de los distintos medios lo que pretende hacer es desvincular la información de sus soportes y así podría incluirse información presente, por ejemplo, en las viejas tarjetas perforadas.

[34] Es decir, quien tenga interés simple no puede solicitar acceso a los documentos en los términos de esta Ley. La actual Ley Nacional, a modo de comparación con los términos de esta Ley, señala que "*Toda persona humana o jurídica, pública o privada, tiene derecho a solicitar y*

acceso a los documentos debe ser fundada mediante presentación por escrito firmado en el que consten los datos identificatorios personales del solicitante y ante la dependencia oficial que ha conformado el documento o lo retiene en su poder (conf. art. 5°).

El derecho se puede ejercitar mediante el *"examen de las actuaciones y la extracción de copias"* (art. 3°) y si bien se dispone que el examen de los documentos es gratuito, luego se indica que la expedición de copias de cualquier naturaleza está subordinada al pago de un arancel que no puede ser superior a los gastos operativos que demande la obtención de las mismas (art. 4°).

El plazo para contestar el requerimiento es de hasta treinta días hábiles. Si transcurre dicho plazo, la solicitud se entiende denegada. Frente a tales supuestos, en virtud de la existencia de una inactividad, la vía a utilizar por el ciudadano debería ser el recurso administrativo[35] o el amparo por mora[36]; sin embrago, tanto para el caso de denegación táctica como expresa la ley habilita la interposición de la acción de amparo [37] o *habeas data* según corresponda[38].

---

recibir información pública, no pudiendo exigirse al solicitante que motive la solicitud, que acredite derecho subjetivo o interés legítimo o que cuente con patrocinio letrado" (Ley Nº 27.275 art. 4º).

[35] Entendemos que aún cuando se reconozca agotada la vía administrativa, ello no limita a que el interesado pueda utilizar las vías administrativas que crea pertinentes.

[36] Prevista en el art. 76 de la Ley Nº 12.008 (texto según Ley Nº 13.101)

[37] Prevista en el art. 20, inc. 2º, de la Carta Magna local y en la Ley de Amparo Nº 13.928.

[38] El procedimiento de Habeas Data provincial tiene regulación como "proceso constitucional" mediante la Ley Nº 14.214. Sobre todo hay que tener en cuenta que el régimen previsto tiene aplicación respecto de los titulares y/o responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados a dar informes, administradores y responsables de sistemas informáticos; conceptos que a su vez son definidos y hay que recoger de la Ley Nacional Nº 25.326 y su Decreto Reglamentario Nº 1558/01 sobre Protección de los Datos Personales. En la actualidad y en el contexto del Programa Justicia 2020 llevado a cabo por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación existe un nuevo proyecto de ley nacional que puede verse en https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/02/Anteproyecto-de-ley-PDP.pdf. Asimismo la Ley 14.214 de la Provincia, establece la jurisdicción y competencia del Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo cuando se trate de archivos públicos de la Provincia de Buenos Aires. Cabe agregar que la ley señala en su artículo 20 que será de aplicación cuando quien tenga legitimación activa sea afectado por la Ley Nº 12.475.

Con relación a los límites se establece "*que el derecho de acceso puede ser vedado cuando se trate de actos preparatorios y en aquellos supuestos en que su divulgación pudiere perjudicar el derecho de privacidad de terceros o afectar su honor*" (conf. art. 6°).

Aunque no surja en forma expresa y clara debe entenderse que los alcances de la Ley incluyen a todos los poderes del Estado provincial y sus municipios[39], entes autárquicos y descentralizados y hoy necesariamente incluirse a las empresas con participación estatal mayoritaria.

A nivel del Poder Ejecutivo, la primera vez que aparece este deber por parte de los funcionarios es con la ley de Ministerios, Ley Nº 13.175, aprobada en 2004. Allí se establecía entre las funciones comunes de los ministros secretarios la de ...

> – facilitar el ejercicio del derecho a la información previsto en la Constitución local, organizando áreas para recibir, procesar, sistematizar y elevar, con rapidez y eficiencia toda propuesta, reclamo, pedido y opinión útil para la formulación, implementación, control de gestión y evaluación de políticas, planes y cursos de acción que provengan de la ciudadanía en general, de sus instituciones representativas y de cada uno de los habitantes de la provincia en particular (art. 9º inc. 4);
>
> – confeccionar y difundir la agenda sistémica de su cartera (art. 9º inc. 5);
>
> – asegurar la transparencia de la función pública, difundiendo el detalle de la utilización de los recursos y el estado del gasto en el ámbito de su jurisdicción (art. 9º inc. 6º);
>
> – facilitar, a través de los mecanismos apropiados, la participación ciudadana (art. 9º inc. 7º).

[39] Dado que aún no gozan en Buenos Aires de la autonomía que les garantiza la Constitución Nacional. La actual Ley Orgánica de Municipalidades nada dice al respecto aún cuando hay que reconocer que varios municipios cuentan con normativa específica o que reconocen, en el marco de otras políticas, el derecho ciudadano a acceder a la información pública.

La actual ley de Ministerios, Ley Nº 14.989, nada dice al respecto. Sin embargo, aún se encuentra vigente para el ámbito del Ejecutivo el Decreto reglamentario Nº 2549/04. Dicho Decreto pretende crear un sistema idóneo, eficiente y eficaz para hacer operativa Ley Nº 12.475.[40]

El Decreto señala que toda persona física o jurídica[41] tiene derecho de acceso a documentos administrativos de naturaleza pública[42] y reconoce, ahora sí, que éstos pueden estar o ser generado por organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo, quienes deberán organizar áreas destinadas específicamente a permitir el acceso, consulta y eventual reproducción de documentos administrativos de su competencia, pudiendo dictar sus propias normas de procedimiento en la medida que favorezcan y no perjudiquen los derechos y garantías ya consagradas (conf. art. 3º).

En el Anexo del Decreto, donde se establece un Reglamento General de Acceso a Documentos Administrativos del Poder Ejecutivo, se consagran los siguientes principios del procedimiento de acceso:

> – Publicidad: Se presume pública toda información producida por los sujetos legitimados pasivos, así como la obtenida por los mismos. No se consideran públicos los documentos administrativos cuya divulgación pudiere perjudicar el derecho de privacidad de terceros o afectar su honor.

---

[40] La norma también preveía iniciar una instancia de consulta pública con el objeto de revisar los alcances de la Ley Nº 12.475 a fin de garantizar en la forma más amplia y razonable posible el derecho de acceso a la información pública, temática que incluía en la Mesa del Diálogo para la Reforma Política, creada por Decreto Nº 1786/04.

[41] El que "toda persona" sin más adjetivación tenga derecho de acceso a documentos administrativos puede hacer suponer que ya no se exige un interés legítimo, es decir, que la norma regulatoria es más amplia que la ley que reglamenta. Así lo consideró la Suprema Corte bonaerense en los autos "*Asociación por los Derechos Civiles contra Dirección General de Cultura y Educación. Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley*" como más adelante analizaremos.

[42] En el art. 3 del anexo del Decreto reproduce la definición de la Ley sobre documento administrativo.

– Celeridad: Los sujetos obligados deben dar respuesta a los pedidos de acceso a documentos administrativos lo más pronto posible.

– Informalidad: El procedimiento de acceso debe desarrollarse sin más condiciones que las expresamente establecidas y aquellas otras que por razones de carácter estrictamente operativo, orientadas a facilitar y no entorpecer el acceso, sean dictadas por cada uno de los sujetos obligados.

– Accesibilidad: Los sujetos legitimados pasivos se encuentran obligados a proveer a una adecuada organización, sistematización y disponibilidad de la información en su poder, asegurando un fácil y amplio acceso.

– Igualdad: Los sujetos obligados deben observar y respetar el principio de igualdad en los procedimientos para el acceso a documentos administrativos.

– Gratuidad: El examen de los documentos administrativos es gratuito. Los costos de reproducción son a cargo del solicitante.

El listado de las excepciones es amplio, aunque exige que la denegatoria deba ser fundada y resuelta por un funcionario de jerarquía equivalente o superior a director provincial[43].

[43] Así prevé que el derecho de acceso a los documentos administrativos no se otorgará cuando: a) se trate del examen de actos preparatorios; b) la divulgación de ellos pudiera perjudicar el derecho de privacidad de terceros o afectar su honor; c) se trate de información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior; d) sea información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario provincial; e) se involucre secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos; f) información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial; g) información preparada por los sujetos legitimados pasivos, dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquéllos y que se refiera a exámenes de situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos; h) información preparada por asesores jurídicos o abogados de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona el pleno ejercicio de la garantía del debido proceso; i) cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional; j) información que pueda ocasionar un

Los sujetos pasivos están obligados a permitir el acceso a documentos administrativos en el momento en que les sea solicitado o proveerla en un plazo no mayor a ocho días en el estado en que se encontraren sin estar obligado a procesar o clasificar la información. Si transcurren treinta días hábiles sin que la autoridad competente brinde una respuesta al pedido de acceso a documentos administrativos o la misma fuese parcial, ambigua o inexacta, la solicitud se considera rechazada y se reconoce la posibilidad de interponer los recursos administrativos y/o acciones que el ordenamiento jurídico permita.

No entendemos que el pedido de vista amplio, introducido por la Ley Nº 14.229 de 2011 a la Ley de procedimiento administrativo, sea un caso particular del Acceso a la Información Pública sino que son institutos jurídicos distintos aún cuando en sus efectos puedan tener similitudes[44]. En efecto, el pedido de vista sólo se reconoce a la parte interesada y tiene efecto suspensivo de los plazos impugnatorios[45], mientras que la solicitud de acceso a documentos administrativos requiere la acreditación de *interés legítimo* y no suspende plazo alguno. El concepto de *interés legítimo* de la Ley Nº 12.475, a pesar de lo limitado, es mucho más amplio que el de *parte interesada* contenido en la Ley de procedimiento administrativo, pues supone

---

peligro a la vida o seguridad de una persona; k) se trate de información protegida por leyes especiales (conf. arts. 16 y 18 del Anexo).

[44] Art. 11 de la Ley Nº 7.647 según Ley Nº 14.229: "*La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, tendrán acceso al expediente durante todo su trámite, pudiendo, a su cargo, copiar o fotocopiar todas sus partes. El pedido de vista podrá hacerse verbalmente y se concederá sin necesidad de resolución expresa al efecto, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la mesa de entradas o receptoría. El párrafo anterior del presente artículo será exhibido en todas las reparticiones de la Administración centralizada, descentralizada y entes autárquicos al público*".

[45] Sobre este último efecto, en 2014, la Suprema Corte de Buenos Aires en "*Müller, Gustavo Gastón c. Provincia de Buenos Aires y otro s/Pretensión anulatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*" reconoció que si bien el régimen de procedimientos administrativos no contiene una previsión expresa que confiera al pedido de vista el efecto automático o *ex lege* de suspender plazos impugnativos, los órganos de la Administración deben asignarle esa eficacia en virtud de la amplitud del derecho de libre acceso al expediente de la parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante.

derecho o interés legítimo más inicio de actuaciones ante la administración y que el carácter de parte sea reconocido por ésta como tal (art.10º Ley Nº 7.647). Más aún, dado que la Ley Nº 7.647 señala que quien peticione con el objeto de lograr una decisión de la Administración comprendida en las facultades potestativas no será tenido por parte en el procedimiento[46], a éste le puede ser negado el pedido de vista mientras que puede haber interés legítimo para acceder a información sobre qué hace la Administración con sus facultades potestativas pudiendo utilizar los recursos procedimentales de la Ley Nº 12.475.

Finalmente, podemos destacar la Ley Nº 14.828 sancionada en 2016 que aprobó el Plan Estratégico para la Modernización de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires. Uno de los ejes de la reingeniería del Estado Provincial es el de mejorar la gestión pública a través de, entre otros, la reingeniería de procesos y sistemas de información de cada organismo y la promoción de la articulación entre éstos, lo que no sólo implica la interoperabilidad, esto es, que las áreas estatales puedan leer e intercambiar información, sino poder plasmar el derecho del ciudadano al único canal de entrada o "ventanilla única" para acceder a la información en poder del Ejecutivo sin necesidad de ir organismo por organismo[47].

En esta línea se inscribe el Decreto Nº 805/16 que crea el portal de datos abiertos de la Provincia entre cuyos antecedentes que menciona se encuentra la Ley Nº 12.475 y su Decreto Reglamentario, aunque sin pronunciarse explícitamente en qué medida la apertura modifica el estado normativo de la cuestión[48].

---

[46] Conf. art. 10º Ley Nº 7.647.

[47] Su Decreto reglamentario, Nº 1.018/16, prevé que el Sistema de Gestión Documental Electrónica Buenos Aires (GDEBA) operará como plataforma horizontal informática de generación de documentos y expedientes digitales creados por medios electrónicos, registros y otros contenedores a los fines de facilitar la gestión documental, el acceso y la perdurabilidad de la información, la reducción de los plazos en las tramitaciones y el seguimiento de cada expediente.

[48] Entre sus considerandos hace una expresa mención al Acceso a la Información Pública al señalar "*Que resulta ser una política pública del actual gobierno promover el derecho de acceso*

4. Jurisprudencia sobre Acceso a la Información Pública en la Provincia de Buenos Aires

En este acápite analizaremos el estado de la cuestión jurisprudencial de los últimos diez años. Para ello estudiaremos un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y tres fallos de la Suprema Corte de Justicia bonaerense sobre la temática donde podremos vislumbrar los alcances de la normativa bonaerense y las prácticas administrativas respecto al ejercicio de este derecho.

El primer caso que reseñamos es "*Di Pietro, Marcelo Leonidas y otro c/Municipalidad de Bahía Blanca s/amparo*", del 20 de abril de 2006 y resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata. Marcelo Leonidas Di Pietro y Hernán Rodolfo Peter promovieron acción de amparo contra la Municipalidad de Bahía Blanca al no obtener por parte de dicho municipio el listado de beneficiarios de los planes de Jefas y Jefes de Hogar y demás planes de empleo y/o subsidios que administra la comuna. Incluyeron en la solicitud que se consignara en dicho listado los nombres, apellidos, números de documento y domicilio de los beneficiarios[49]. La solicitud, en

---

a la información pública, cuyo contenido evoluciona progresivamente desde su formulación clásica, promoviendo una adecuada publicidad de los actos que importa una práctica que atañe a la "buena administración". La mencionada publicidad coadyuva a la transparencia de la gestión pública, fortalece la relación de confianza entre los ciudadanos y el Estado, facilita los controles del obrar público y estimula la eficiencia y la efectividad de las administraciones" así como reconoce el valor instrumental del acceso a la información en orden a la libertad de expresión y al conocimiento de la cosa pública. Actualmente, el "Portal de Datos Abiertos de la Provincia de Buenos Aires" se encuentra en el sitio http://datos.gba.gob.ar/. Por formatos digitales abiertos, el Decreto Nº 206/17 establece que son aquellos formatos que mejor faciliten su utilización, procesamiento, y redistribución por parte del solicitante. En cuanto a la utilidad de esta información a través del formato propuesto podemos señalar que permite en principio reutilizarla o interoperarla con sistemas que permitan una sistematización que genere aplicaciones o desarrollos tanto en beneficio del Estado como del Ciudadano, de allí su carácter reutilizable y el valor distinto a información estática o en formatos que no permitan ese tipo de uso y circulación.

[49] Cabe señalar que el pedido que efectuaron lo hicieron como ciudadanos y también en carácter de candidatos a concejales por dicha comuna y como contribuyentes de dicho municipio.

primer término, no obtuvo resultado y luego de un reclamo la respuesta fue negativa.

En el caso, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, en el voto de la mayoría, señaló que la Ley Nº 12.475 …

> … viene a consagrar el acceso a la información como derecho individual, en tanto se configura como uno de los ejes de definición del acceso a la información exhibido como correlato de la libertad de expresión. Bajo este punto de vista, el acceso a la información se sitúa en el plano de justificación de los derechos individuales, y más específicamente, en el marco de los llamados derechos de libertad o derechos-autonomía, dirigidos a sustentar el espacio de autonomía personal de los individuos y a permitirles la realización de un plan de vida que se ajuste a su libre decisión.

Respecto a los actores entendió que no presentaban un interés especial, actual y directo que los habilitara para acceder a dicha información y señaló que la hipótesis de terceros en procura de información relativa a condiciones y datos de otras personas, con apoyo en el derecho a la información del artículo 12 inciso 4 de la Constitución local, amerita la armonía necesaria con el resguardo de la intimidad y privacidad, que es deber del Estado proteger. Expresamente señaló que "*No es la cercanía o proximidad en la relación de vecindad del actor lo que determina el grado de legitimación, sin por el contrario el interés concurrente en relación a la pretensión esgrimida, es decir el modo en que amplía o se limita el círculo vital de derechos de la persona en relación a la información requerida*".

Por ello, al no especificar en la solicitud cuál es el interés diferenciado que los ampara y en qué medida la indisponibilidad de la información se presenta como un agravio de no susceptible reparación para optar por la vía del amparo, no se dio lugar a dicha acción[50].

---

[50] Otra fue la mirada vertida en torno a la capacidad de legitimación que presentan los amparistas para el voto de la minoría. Según la Dra. Milanta, el hecho de que los actores

Un cambio de orientación se advierte cuando la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires falla en los autos "*Asociación por los Derechos Civiles contra Dirección General de Cultura y Educación. Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley*" de 2014. La Asociación por los Derechos Civiles dedujo acción de amparo a fin de que la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires brinde la información oportunamente requerida, relacionada con la cantidad de días de clases no dictadas en determinadas escuelas por ausencia de los docentes. Siguiendo y ampliando los fundamentos del juez de primera instancia, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata rechazó la acción de amparo por no reunir los recaudos exigidos por los arts. 1 y 2 de la entonces ley de amparo vigente, Ley Nº 7.166.

---

sean ciudadanos de Bahía Blanca denota una intensidad en el interés que esgrimen que se diferencia del común de cualquier ciudadano. A dicha circunstancia, se sumaba que la información la solicitaron en su carácter de candidatos a concejales lo cual adicionaba a su condición de vecinos una justificación diferencial en relación a cualquier ciudadano común. La Dra. Milanta planteó una solución intermedia para poder satisfacer los derechos de los amparistas por un lado y de los beneficiarios de los planes por el otro. Así planteó en su voto que la Administración puede proporcionar la información relativa a la selección y adjudicación de los planes sociales a través de datos objetivos y de las constancias obrantes en los registros públicos. Es decir, debió informar aspectos relativos a la distribución y actualización de las subvenciones de los aludidos programas.

Con argumentos similares en 2008, en "*Suárez, Alejandro César c/Municipalidad de Florencio Varela s/amparo*", la misma Cámara por mayoría negó el interés legítimo para acceder a información al titular del medio "Mi ciudad", quien promovió acción de amparo contra la Municipalidad de Florencio Varela para que dicha comuna le proporcione la nómina completa de empleados permanentes y contratados que allí prestan funciones, con el detalle de nombre y apellido, DNI, antigüedad, actividad desarrollada, área en la que se desempeña y sueldo; en 2013 en los autos "*Asociación por los Derechos Civiles c/Jefatura de Gabinete de Ministros - Gobierno de la Provincia de Buenos Aires s/Amparo*" también se rechazó un amparo por información referente a los gastos presupuestados y ejecutados en publicidad oficial para el periodo 2010 y 2011. Como veremos en los fallos de la Corte, interviene la misma Cámara con similares argumentos sin desconocer el antecedente de la Corte nacional, pero añadiendo ahora, como fundamento, que la limitación normativa local respecto al interés legítimo hace inaplicable el criterio amplio de acceso a la información pública.

El voto de mayoría[51] funda la condena a la Dirección General de Cultura y Educación para que en el perentorio plazo de 15 días ponga a disposición de la Asociación por los Derechos Civiles la información solicitada, en el amplio espectro normativo que avala el derecho al Acceso a la Información Pública más allá de las limitaciones de la ley local[52].

Indicando que es un derecho que evoluciona progresivamente, la Corte entiende que el acceso a la información y documentación públicas recibe un amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico. En efecto, el voto se funda en el principio republicano de la Constitución y la Constitución provincial…

> una de cuyas manifestaciones primordiales reside en la exigencia de publicidad de los actos de las autoridades del Estado. Con ello se procura que los ciudadanos puedan conocer los actos de gobierno, como modo de controlar a sus representantes, condición inherente a la democratización del poder.

Además de citar el Preámbulo y los arts.1, 14, 33 y 38, 41 y 42 de la Constitución Nacional, donde –señalan– la información es peculiarmente necesaria, remiten a los tratados con jerarquía internacional[53] y las Convenciones Interamericana y de las Naciones Unidas contra la Corrupción además del art. 12 inc. 4° de la Constitución provincial y reconocen que por regla general toda persona ha de tener acceso a la información pública.

Justamente por el carácter progresivo del derecho, más allá del interés legítimo requerido por la Ley provincial N° 12.475, entiende que la misma estableció un piso mínimo y que por ello,

---

[51] El voto de mayoría es de los jueces Soria, de Lázzari e Hitters y parcialmente Kogan.

[52] El voto de la minoría señaló, además de replicar algunos argumentos de la Cámara, que dado que la información peticionada suponía un proceso de relevamiento de datos y no era un documento administrativo existente sino un documento a crearse, no debían computarse los plazos del decreto.

[53] Destacan sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13; la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19.1; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, art. 19.2.

su Decreto reglamentario Nº 2.549/04 al no requerir como la ley, interés legítimo, fue más amplio que aquella por lo que desde entonces en el ámbito del Ejecutivo toda persona puede solicitar el acceso a documentos administrativos de naturaleza pública "... *sin necesidad de alegar fundamento o causa ni acreditar derecho o interés alguno*". Y la doctrina del fallo agrega que…

> el criterio rector, que mejor armoniza con el máximo rendimiento posible de los derechos y principios constitucionales implicados, es aquél conforme al cual la información generada o controlada por las autoridades estatales se presume pública y la carga de fundar una excepción a esta presunción recae sobre el ente gubernamental.

Un nuevo caso llega a la Corte provincial en 2016, "*Albaytero, Juan Aníbal contra Municipalidad de Quilmes. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley"* que se resuelve a favor del amparista que había solicitado información pública al municipio de referencia respecto del "Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas" creado[54]. Si bien los cinco jueces consideraron fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley[55], el voto al que adhirió la mayoría fue

---

[54] Específicamente solicitó información sobre 1) monto total de los ingresos percibidos por el municipio en concepto de la contribución especial antes mencionada, discriminado por período; 2) fecha de creación y puesta en funcionamiento del "Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas"; 3) la incidencia que la Contribución Especial para el Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas tiene en los ingresos totales del mismo (discriminada por períodos); 4) identificación de la totalidad de los proyectos, obras, contratos (locaciones, leasing, adquisiciones de bienes, insumos, contratación de personal, gastos fijos y variables, etc.) financiados por dicho fondo y; por último, 5) la individualización de la cuenta bancaria en la que se centraliza la operatoria del Fondo de Inversión para Infraestructura e Intervenciones Urbanas y un resumen completo de los movimientos de la misma.

[55] En el caso, el Tribunal Oral Criminal nº 4 del Departamento Judicial Quilmes había declarado abstracta la cuestión sometida a juzgamiento dado que el municipio cumplió con posterioridad a iniciado el amparo cuando brindó información relativa a los montos recaudados correspondiente a los períodos de enero a octubre del año 2011, e indicó que el referido Fondo fue creado por la Ordenanza municipal 11.603/10. A su vez la Cámara de Apelación en

el del juez Daniel Fernando Soria que fue quien fijo las bases del fallo anterior, por lo que sólo destacaremos ahora elementos nuevos respecto del fallo anterior[56].

El voto de mayoría, siguiendo el criterio expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*CIPPEC c/Min. de Desarrollo Social- dto. 1172/03, Amparo ley 16.986*", señala que las respuestas vagas o genéricas brindadas por el Municipio no son una contestación adecuada con lo relacionado a la puesta en funcionamiento del fondo, punto neurálgico del requerimiento informativo planteado. También rechaza la afirmación del Municipio respecto a lo imposible o injustificadamente costoso de los trabajos adicionales para poder brindar datos por hacerlo sin mayor fundamento ni explicitar los motivos.

Por último, negó que las cuentas bancarias utilizadas para realizar operaciones con fondos públicos constituyan "información sensible", o que en principio, contengan datos que deban mantenerse en reserva o en secreto.

El tercer caso de la Corte provincial es de marzo de 2017. En los autos "*Longarini, Cristian Ezequiel y otros contra Ministerio de la Producción y otros. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*", los actores, por derecho propio como vecinos afectados en su salud, en su propio interés y en el de la colectividad, dedujeron acción de amparo ambiental contra el Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción y la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires, luego OPDS, aduciendo como fundamento de su demanda, omisiones en el control por parte de la autoridad pública respecto del establecimiento industrial propiedad de la empresa Atanor S.A., solicitando, entre otras peticiones, que la Provincia brinde

---

lo Contencioso Administrativo de La Plata rechazó el recurso de apelación al señalar que en el caso no se configura una conducta omisiva arbitraria o ilegítima y que el amparista no exhibe un interés actual y directo que justifique la condena judicial que persigue, además de considerar, respecto del amparo, que el perjuicio alegado no es actual o inminente.

[56] Genoud, Kogan y de Lázzari adhirieron al voto de Soria mientras que Pettigiani lo hizo según su voto.

información ambiental veraz, completa e irrestricta referida a la planta y de toda otra radicada en la zona del conflicto ambiental, exigiéndose la remisión al juzgado de las constancias y antecedentes existentes en los organismos o entidades públicas provinciales, incluida la Autoridad del Agua, referidos a mediciones, análisis y resultados de estudios del aire, suelo, subsuelo y napas freáticas, realizados dentro de la citada planta y en su zona de influencia[57].

En el caso, los jueces de instancias inferiores respecto a la temática de acceso a la información pública, rechazaron la demanda porque los accionantes no acreditaron haber solicitado oportunamente información ambiental a la entonces Secretaría de Política Ambiental.

En un complejo caso, que demandó que la Corte requiriera varias medidas para mejor proveer y basándose en normativa ambiental (art. 41 de la Constitución nacional; 28 de la Constitución provincial, arts. 2, inc. i) y 16 a 18 de la Ley Nº 25.675; art. 3° Ley Nº 25.831), si bien reconoció que hay constancias en la causa que evidencian que la autoridad pública demandada brindó en autos información existente en diversas tramitaciones administrativas, también entendió que el mismo es un derecho que no se agota por lo que subsiste el interés de los reclamantes en recibir información actualizada de modo permanente y eficaz.

Así condenó al O.P.D.S. a que cada seis meses efectúe los correspondientes estudios de monitoreo del suelo, subsuelo y napas freáticas y emisiones a la atmósfera, permitiendo el libre acceso a la información a los accionantes y a los habitantes de la zona de influencia, habilitándose su participación durante la ejecución de las acciones llevadas a cabo para cumplir con los parámetros impuestos por la normativa ambiental (arts. 41, C.N.; 28, Const. prov.; 19, 20 y 21, Ley Nº 25.675).

---

[57] Requirieron también la remisión de las actuaciones relativas a la aplicación de sanciones a la aludida planta industrial, tanto por autoridades provinciales como municipales, y si existiere en trámite un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, copia del expediente respectivo y un informe acerca de su estado.

Conclusiones

Estamos en un período paradigmático del derecho que deja en evidencia la falta de cohesión e integralidad normativa: se advierte una autentica pluralidad de fuentes vinculantes que conforman distintos estratos de juridificación que no son uniformes ni idénticos (Conf. Corvalán, 2016)[58]. El caso del derecho de acceso a la información pública en la provincia de Buenos Aires es un claro ejemplo de ello, un instituto jurídico donde conviven tratados internacionales, normas constitucionales nacionales y locales, leyes restrictivas, reglamentaciones amplias para uno de los poderes del Estado y silencio en los otros, todo ello en un campo de acción administrativo e interpretativo jurisdiccional no ajeno a conflictos.

Este "derecho sobre el derecho" en la terminología de Ferrajoli (2011) es, en nuestro caso, un derecho no sólo de reciente cristalización sino que se encuentra todavía hoy en progresiva evolución. La clave de bóveda de todo este instituto es y debe ser el más amplio derecho posible para el acceso ciudadano a la información pública pues es el único compatible con el sistema democrático y de los derechos humanos.

En efecto, desde el punto de vista jurídico-constitucional y dado que la corrupción fue definida por nuestro constituyente como un atentado contra el sistema democrático, el acceso a la información pública es necesario para el ejercicio de un control real y racional de la cosa pública[59] y para un ejercicio legítimo del gobierno. El titular del bien jurídico vinculado al desempeño ético de la función pública es la ciudadanía toda pues es

---

[58] Siguiendo al autor, la estratificación de la juridicidad presenta múltiples y diversas capas de procedencia, jerarquía e intensidad y se integran por componentes "infra" y "supra" estatales. La "*estratificación de la juridicidad se perfecciona por la presencia de normas jurídicas condicionantes y a su vez condicionadas, en casi todas las capas y a partir de una multiplicidad y diversidad de fuentes. Entonces ya no se resuelve el tema en la ecuación "Constitución- ley-reglamento*" (Corvalán, 2015:62).

[59] La transparencia previene las opiniones públicas irreflexivas, la opacidad las promueve.

un derecho que afecta al sistema democrático[60]. Y si bien es cierto que la opacidad no supone *per se* la corrupción, aquélla es su precondición.

Por otro lado, el acceso a la información pública es claramente uno de los ejes del ejercicio de la libertad y en ese marco se ha consolidando como derecho humano a partir de la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la base del clásico derecho de Libertad de Pensamiento y de Expresión reconocido como artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Hemos señalado que el derecho de acceso a la información pública en la provincia de Buenos Aires es un ejemplo de estratificación de la juridicidad y podemos dar cuenta de ello: por un lado, reconocido genéricamente el derecho constitucional de acceso a la información, a nivel legislativo se cuenta con una norma, la Ley Nº 12.475, que permite el acceso sólo a los documentos administrativos y a quien acredite un interés legítimo; sin embargo, la norma que la reglamenta cuatro años más tarde, Decreto Nº 2549/04, omite la acreditación del interés legítimo[61], requisito que tanto la Administración Pública como diversos tribunales han seguido exigiendo hasta que la Suprema Corte de Justicia en 2014, recurriendo a principios, normas y fallos internacionales y nacionales reconoce un derecho amplio de acceso a la información pública. De todas formas, esta limitación aún sigue estando vigente no sólo en las normas sino también en las prácticas administrativas por lo que se requiere una urgente modificación.

---

[60] Sin dudas estamos frente a un nuevo derecho de incidencia colectiva que se halla en cabeza de los ciudadanos y en tal sentido les cabe la legitimación prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional. En igual sentido Gelli (2016) señala que dada la amplia legitimación que la Corte de la Nación le da a este derecho, estamos frente a una acción popular.

[61] Otro claro ejemplo de los conceptos "fragmentación de la legalidad", "extensión del principio de legalidad", o "inflación de las leyes", conceptos que reseñan este nuevo esquema normativo no-piramidal donde las normas legislativas, por ambigüedad, insuficiencia o delegación son a su vez reguladas, limitadas, aclaradas o completadas por otras normas aún de menor jerarquía.

No obstante la relación de subordinación jurídica típica de nuestro régimen constitucional al bloque federal y la crítica a las diferencias normativas habidas, creemos que debe optarse por una política legislativa provinciana genuina como expresión de la autonomía política y administrativa, con las implicancias orgánicas y estructurales que requiere un régimen que responda a la estratificación organizacional provincial[62].

Ya han pasado más de 17 años desde la sanción de la Ley Nº 12.475 y han habido varios proyectos de ley sobre el derecho de acceso a la información pública, lo que da cuenta de la necesidad de la modificación del actual marco normativo[63]. En esa necesaria actualización, las referencias a los derechos humanos y al sistema democrático no pueden faltar, tal como ya fuera recocido por la jurisprudencia internacional, la Corte Suprema de Justicia y la ley nacional.

Además de los principios de publicidad, celeridad, informalidad, accesibilidad, igualdad y gratuidad ya vigentes en el decreto local, y los de legitimidad activa amplia, transparencia activa, presunción de publicidad de toda la información en poder del Estado, máximo acceso, accesibilidad en formatos electrónicos abiertos, no discriminación, responsabilidad, facilitación, buena fe, *in dubio pro petitor*, disociación, control y alcance limitado de las excepciones, principios presentes en el ámbito nacional que debería replicar la futura legislación provincial, pueden proyectarse algunas otras, habida cuenta de la experiencia tales como la prohibición expresa de delegación o reglamentación del derecho por los órganos estatales[64],

---

[62] El art. 36 de la Ley Nº 27.275 invita a la adhesión de las provincias, producto de una técnica legislativa que se ha vuelto habitual en los últimos años. Sin embargo, el mimetismo normativo no asegura la necesaria coherencia cuando las estructuras institucionales son distintas.

[63] En Diputados, los proyectos D- 1949/10-11- 0, D- 964/11-12- 0 y D- 1992/11-12- 0. En el Senado, E 509 2016 - 2017, E 446 2016 - 2017, E 61 2016 - 2017, E 23 2016 - 2017, E 165 2014 - 2015, E 96 2013 - 2014, E 274 2012 - 2013, E 103 2012 - 2013, E 7 2012 - 2013, E 444 2010 - 2011, E 8 2009 - 2010, E 221 2008 - 2009, E 40 2005 - 2006, E 35 2004 - 2005, E 54 2003 - 2004, E 16 2001 - 2002.

[64] En este sentido, la ley debe ser completa, amplia y autosustentable. El principio de base mínima de la ley no es suficiente pues generalmente las reglamentaciones suelen ser más restrictivas que la norma general.

el profesionalismo en las respuestas para garantizar su eficiencia y eficacia; la verificabilidad, para permitir el acceso a las fuentes de la información y controlar su completitud y/o inexistencia alegada, la sencillez del lenguaje o procesamiento de los datos, para que no se requieran ulteriores procesamientos o "traducciones".

El acceso, dado el creciente uso de las plataformas electrónicas para los diversos trámites administrativos, también requerirá la generación de usuarios y claves a los ciudadanos para poder no sólo "seguir" sus propios trámites sino cualquier otro.

Por último, antes que la creación de nuevos órganos especializados o Consejos pluripartitos, que terminan bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, proponemos reforzar las competencias del defensor del pueblo, dado el carácter de derecho colectivo del que estamos tratando, sus competencias constitucionales asignadas y la plena autonomía funcional y política que debe tener (conf. art. 55 de la Constitución de la Provincia).

Ante este panorama, el normativo no es el único aspecto sobre la cual resulta necesario innovar: de nada sirve crear un régimen o adherir a otro sin una visión garantista que en la práctica se plasme en la necesaria colaboración orgánica inter-poderes e inter-administrativa para acceder a la información pública. Sin la promoción de una cultura de apertura y transparencia, y habida cuenta de la atomización organizacional del Estado, estaremos sólo promoviendo un acceso condicionado a la judicialización del derecho o a un triste peregrinar del ciudadano entre distintos organismos.

Bibliografía

Basterra M. (2017). *Acceso a la Información Pública y transparencia*. Ley 27.275 y decreto reglamentario 206/17. Comentados, anotados y concordados. Edición Astrea. Buenos Aires.

Berardi, C. J. (2018). "El acceso a la información pública. Alcances limitados de un derecho fundamental" en *Revista Argentina*

del Régimen de la Administración Pública Nº 470. Buenos Aires, Argentina.

Buteler, A. (2012). "Corrupción y derecho administrativo" en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 12 - n. 48, abril/junho - 2012 Belo Horizonte. En línea en www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/181/231

Carello, L., (1998). "La Convención Interamericana contra la Corrupción y el 'derecho a la no corrupción'", en *AAVV Defensoría del Pueblo*. 50 años de Derechos Humanos. Santa Fe, Argentina. cit. por Gordillo, A., (2009) "Hacia la unidad del orden jurídico mundial", en *AAVV El Nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Edición RAP. Buenos Aires. Argentina.

Corvalán, J. G. (2015). *Discrecionalidad administrativa y tributaria*. Tesis doctoral, USAL. Disponible en http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20150819190539_49.pdf

Corvalán, J. G. (2016). *Derecho Administrativo en transición. Reconfiguración de la relación entre la administración, las normas y el Poder Judicial. Reglas y principios. Discrecionalidad débil y fuerte. Valoración, interpretación y ponderación. Control judicial y políticas públicas*. Edición Astrea. Buenos Aires, Argentina.

Díaz Cafferata, S. (2009). "El derecho de acceso a la información pública" en *Lecciones y Ensayos. N*ro. 86. Buenos Aires, Argentina.

Ekmekdjian, M. A., (1994). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I*, Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.

Ferrajoli L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Edición Trotta. Madrid.

Funes, F. J. y Rivas, F. (2016) "Ley de Acceso a la Información Pública: un avance en pos de la democracia republicana y un afianzamiento del Estado constitucional de derecho" en *La Ley*. Buenos Aires, Argentina.

Gelli, M. A. (2016). "Ley de acceso a la información pública, los principios, los sujetos obligados y las excepciones", en *La Ley.* Número 1040. Buenos Aires, Argentina.

Gordillo, A. (2017). "La corrupción como delito de lesa humanidad" en *Revista Jurídica de San Luis*. Número 1 – Mayo. San Luis, Argentina.

Ivanega, M. M. (2016). *Control Público*. Edición Astrea. Buenos Aires, Argentina.

Oszlak, O. y Kaufman, E. (2014). *Teoría y práctica del gobierno abierto: Lecciones de la experiencia internacional.* IDRC; Red-Gealc; OEA. Organización de los Estados Americanos.

Vallefín, C. A. (2009) *El acceso a la información pública. Una introducción*. Edición Hoc. Buenos Aires, Argentina.

Vallefín, C. A. y López, J. I., (2017). "Anotaciones a la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública: sinopsis y comparación con el régimen anterior" en *Suplemento Jurisprudencia Argentina*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina.

Novedades legislativas

Eduardo Baldi

Nación

Ley Nº 27.401. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Crea un régimen para castigar los actos de corrupción contra la administración pública cometidos por empresas. La norma reprime los delitos contra la administración pública cometidos por empresas de capital nacional o extranjero. Puntualmente, se penalizan los delitos de cohecho, negociaciones incompatibles con la función pública, tráfico de influencias nacional o trasnacional, concusión, enriquecimiento ilícito y falsificación de balances.

Ley Nº 27.410. Declaración del mes de Noviembre como Mes Nacional de Concientización sobre la Violencia de Género

La norma dispone que, durante ese mes, el Estado nacional, en los tres Poderes que lo integran, sus Organismos Centralizados y Descentralizados o Autárquicos, desarrollarán diversas actividades públicas de educación y concientización, orientadas a la prevención de la Violencia de Género.

Ley Nº 27.411. Aprueba la Convención de Budapest sobre Ciberdelito

De esta forma, nuestro país adhiere al convenio marco para legislar sobre delitos electrónicos y evidencia digital. La incorporación se realizó con algunas reservas asociadas con la tipificación de delitos relacionados con la pornografía infantil.

Ley Nº 27.412. Establece la paridad de género en la representación política en las listas nacionales

Como adelantamos en la anterior reseña, la ley establece que los partidos políticos deberán presentar listas con igual cantidad de hombres y mujeres en las elecciones de 2019. La norma, modifica el Código Nacional Electoral, la Ley 26.571 de Democratización de la Representación Política, y la Ley 23.298 Orgánica de los Partidos Políticos.

Ley Nº 27.420. Adopta el bastón blanco y rojo como instrumento de movilidad de personas sordociegas

Adopta el uso del bastón del rojo y blanco en todo el territorio de la República Argentina como instrumento de orientación y movilidad para las personas con sordoceguera.

Ley Nº 27.423Nueva Ley de Honorarios para abogados que litigan en la Justicia Nacional y Federal del país

El Senado de la Nación convirtió en ley al texto que establece una nueva regulación de los honorarios para los abogados en el Fuero Nacional y Federal. La norma, cuya redacción estuvo a cargo de una comisión del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, establece un parámetro estricto al cual los jueces deben atenerse para regular honorarios de los profesionales y además estipula que en las quiebras, los síndicos deben tener patrocinio obligatorio de abogados.

Ley Nº 27.424. Generación de Energías Renovables

Crea el "Régimen de Fomento a la Generación Distribuida de Energía Renovable Integrada a la Red Eléctrica". La norma tiene por objeto "fijar las políticas y establecer las condiciones jurídicas y contractuales para la generación de energía eléctrica de origen renovable por parte de usuarios de la red de distribución, para su autoconsumo, con eventual inyección de excedentes a la red" y declara de "interés nacional" a la actividad.

Ley Nº 27.425. Reglamenta el uso de las luces obligatorias en automóviles.

Esta ley modifica la norma de tránsito, ordenando el uso de las luces de los vehículos en las calles del país. Uno de los puntos más importantes es que, desde ahora, los fabricantes e importadores tendrán que incorporar en sus vehículos 0 km "un dispositivo que permita en forma automática el encendido de las luces bajas o de las luces diurnas (sistema DRL) en el instante en que el motor del mismo sea puesto en marcha". También se establece que las balizas "deben usarse para indicar la detención en estaciones de peaje, zonas peligrosas o en la ejecución de maniobras riesgosas".

Ley Nº 27.426 Reforma Previsional

Luego de doce horas de debate y en un jornada cargada de serios incidentes en la calle, la cámara baja aprobó por 128 votos a favor, 116 en contra y 2 abstenciones la reforma previsional. La norma, establece la nueva fórmula para efectuar el cálculo de la movilidad tanto en la Prestación básica universal (PBU), como de la Prestación compensatoria, el Retiro por invalidez, la Pensión por fallecimiento, Prestación adicional por permanencia y la Prestación por edad avanzada. La nueva fórmula también es de aplicación a los beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo.La norma sancionada el pasado 19 de Diciembre además establece que los aumentos serán trimestrales y su primera aplicación efectiva el 1° Marzo de 2018. Crea un Haberes Mínimos Garantizados equivalente al 82% del valor del Salario Mínimo Vital y Móvil para quienes hayan accedido al PBU.

Además modifica la Ley de Contrato de Trabajo al facultar al empleador a intimar la jubilación del trabajador de 70 años de edad y que reúna los requisitos necesarios para acceder a la PBU.

Hubo diez diputados ausentes en la sesión. Hacia la noche, se registraron cacerolazos en diversos puntos del país en rechazo a la iniciativa.

Ley Nº 27.428. Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal y buenas prácticas de gobierno

Modificatoria de la Ley 25.917.

Ley Nº 27.429. Consenso Fiscal

Aprueba el Consenso Fiscal suscripto el 16 de noviembre de 2017 por el Poder Ejecutivo nacional y representantes de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ley Nº 27.431. Aprueba el presupuesto nacional para el 2018

Establece el Presupuesto Nacional para 2018, aprobado el pasado 27 de diciembre por el Congreso. El mismo contempla para el año que viene un gasto superior a los $ 2 billones, un crecimiento de 3,5% del PBI, una inflación de 15,7% anual, un dólar promedio a $19,30 y un déficit fiscal de 3,2%. Asimismo, crea el Fideicomiso de Participación Público-Privada y la Agencia de Administración de Bienes del Estado, con autarquía económica financiera, personería jurídica propia y capacidad de actuar en el ámbito del derecho público y privado.

Leyes 27430 y 27432. Reforma Tributaria

Disponen, entre otras medidas, una rebaja de impuestos distorsivos, grava la renta financiera y modifica gravámenes internos, como los que alcanzan al tabaco –se fija una alícuota del 73%– y los combustibles. También reduce aportes patronales, establece subas en el impuesto para las bebidas espirituosas y las cervezas, a excepción de las artesanales, para las que se mantendrá el impuesto en el 8%, entre otros cambios.

El Estado Nacional salió de la emergencia económica

El Congreso no prorrogó la Ley Nº 25.561 de "Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario", sancionada el 6 de enero de 2002, que había extendió en su vigencia por sucesivas leyes durante 16 años. La norma, establecida tras la crisis del 2001, delegaba en el Poder Ejecutivo Nacional una serie

de facultades extraordinarias como establecer retenciones a la exportación de hidrocarburos, fijar tarifas y renegociar los contratos de servicios públicos. La última prórroga, por ley 27.200 del 2015, había prolongado su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017, fecha en que concluyó tal emergencia. Sí continúa la emergencia social y sanitaria hasta 2019.

Ley Nº 27.433. Crea la Comisión Bicameral Especial Investigadora por el ARA San Juan

Crea en el ámbito del Congreso de la Nación la Comisión Bicameral Especial Investigadora sobre la Desaparición, Búsqueda y Operaciones de Rescate del Submarino ARA San Juan.

La Comisión Bicameral Especial Investigadora designará un cuerpo de especialistas, integrado por cinco miembros que serán militares retirados de la Armada Argentina y/o civiles con reconocida trayectoria y experticia en materia de defensa nacional. El cuerpo de especialistas asistirá, colaborará y asesorará a la Comisión.

Ley Nº 27.434. Prevención y control del dopaje en el deporte

La norma se aplica a las federaciones deportivas nacionales que "deben aceptar" las normas antidopaje e incorporarlas "directamente o por referencia en sus estatutos y reglamentos como parte de las millas deportivas" además de "ejecutar las sanciones previstas en el régimen". También crea la Comisión Nacional Antidopaje que actuará en el ámbito de la Secretaría de Deportes de la Secretaría General de la Nación.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 1013/2017. Amplia el Presupuesto por el pago de la deuda

El Poder Ejecutivo amplió en $ 84.510 millones el Presupuesto para cubrir los servicios de la deuda pública. El monto es casi equivalente al que se ahorrará con la reforma previsional y el cambio en la forma de actualizar las jubilaciones.

Decreto Nº 1024/2017. Plan Nacional de Derechos Humanos (2017-2020)

El Poder Ejecutivo Nacional, lanzó el "Plan Nacional de Derechos Humanos (2017-2020)". El programa contiene un conjunto de iniciativas basadas cinco ejes temáticos que incluyen la continuidad de los juicios por violaciones a los derechos humanos durante la dictadura, así como inclusión, no discriminación e igualdad; seguridad pública y no violencia; memoria, verdad, justicia y políticas reparatorias; acceso universal a derechos y cultura cívica y compromiso con los derechos humanos.

Decreto Nº 1058/2017. Establece un bono compensatorio para jubilados por la merma en la nueva forma de cálculo

El presidente Macri oficializó a través este decreto, el otorgamiento en marzo de 2018 de un bono compensatorio, formalmente un "subsidio extraordinario", que estará a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses). La medida se debe a que la reciente reforma previsional estableció una nueva forma de cálculo en los haberes previsionales que provoca una merma en la suma que perciben los jubilados y, por ello, se busca compensar parcialmente y por única vez aquella quita dineraria.

Decreto Nº 1076/2017. Veto parcial y promulgación del nuevo Régimen de Incentivo, Promoción y Desarrollo de la Industria Naval Argentina

Observa los artículos 10 y 13 de la Ley que establece el nuevo Régimen de Incentivo, Promoción y Desarrollo de la Industria Naval Argentina y promulga la Ley bajo el Nº 27.418.

Sendos artículos versaban sobre la vigencia del Régimen creado por el Decreto Nº 379/01 y una asignación específica denominada Fondo para el Desarrollo de la Industria Naval Nacional (FODINN).

Decreto Nº1077/2017. Veto parcial y promulgación de la nueva ley de honorarios para abogados que litigan en la Justicia Nacional y Federal

Veta siete artículos de la ley 27.423 y promulga el tramo restante. Las observaciones recayeron sobre los artículos 5º (contrato de honorarios y pacto de cuota litis), 11º (obligación solidaria de pagar honorarios por trabajo profesional sobre los condenados en costas u obligados al pago), 25º (pautas en honorarios de peritos en formas anormales de terminación del proceso), 19º (Unidad de Medida Arancelaria), 47º (incidentes y tercerías separas del proceso principal), 63º (obligación de patrocinio letrado del síndico en las quiebras) y 64º (aplicación de la ley a los procesos en trámite).

Decreto Nº1125/17 El Poder Ejecutivo estableció beneficios impositivos para los productores de peras y manzanas

Así lo dispuso el publicado el día de hoy que establece que se encuentran alcanzados por los beneficios para el pago de las obligaciones impositivas y de los recursos de la seguridad social a los que se refiere la Ley Nº 27.354 que declaró la emergencia económica, productiva, financiera y social a los productores de peras y manzanas de las Provincias del Neuquén, Río Negro, Mendoza, San Juan y La Pampa.

Decreto Nº 05/2018. Declara al 2018 como el año del Centenario de la Reforma Universitaria

Ordena a la documentación oficial de la Administración Pública llevar la leyenda conmemorativa y realizar actividades educativas sobre esta gesta.

El evento histórico rememorado ocurrió el 15 de junio de 1918 bajo el liderazgo del joven abogado Deodoro Roca –quien redactó el "Manifiesto Liminar"– comienza en la ciudad de Córdoba el movimiento de Reforma Universitaria, que pronto se extendió a las demás universidades del país y América latina, sosteniendo la autonomía universitaria, el cogobierno,

la extensión universitaria, la periodicidad de las cátedras, y los concursos de oposición.

Decreto Nº 06/2018. Crea la Secretaría de Fortalecimiento Institucional en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros

Se crea la Secretaria de Fortalecimiento Institucional al ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros y designó en el cargo al ex diputado Fernando Sánchez, un dirigente. Las funciones de la flamante secretaría serán "asistir al Jefe de Gabinete de Ministros en el diseño, desarrollo e implementación de políticas públicas que fortalezcan la integridad en la función pública y prevengan la corrupción", tanto como "proponer lineamientos relacionados con la promoción de políticas de integridad en la función pública". Es la sexta secretaria que tendrá la Jefatura de Gabinete.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 27/2018. Reforma del Estado

El Poder Ejecutivo, a través del mencionado Decreto de Necesidad y Urgencia, realiza una reforma de la legislación para simplificar y desburocratizar el Estado. La norma agrupa 170 medidas en 22 capítulos en las áreas de gestión de ocho ministerios. Estas medidas introducen unas 140 modificaciones en leyes o decretos y derogan otras 19. Su propósito es reducir los trámites que debían hacer las empresas para operar en el país, al tiempo que permite nuevas prácticas en el sector de finanzas y transporte, destinadas a reducir costos y ganar competitividad.

Decreto Nº32/18. Establece la obligatoriedad de la utilización de silla de seguridad en menores de 10 años

Dicho Decreto, actualiza la reglamentación de la Ley 24.449. Entre otras modificaciones indica que será por medio de las sillas de seguridad el modo por el cual de forma obligatoria los menores de 10 años deben viajar sujetos al asiento trasero con el "correaje correspondiente".

Decreto Nº 52/18 Modifica la composición del Consejo Federal de Educación

Así lo dispuso el mencionado Decreto, al establecer que la representación de los trabajadores docentes del sector público de gestión estatal, de las provincias y de la CABA será ejercida por 1 miembro de cada asociación sindical de primer, segundo y tercer grado con personería gremial y ámbito geográfico de actuación en materia docente en todo el territorio nacional.

Además estableció que el salario mínimo docente no podrá ser inferior al 20% por encima del salario mínimo vital y móvil.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 90/2018. Cambios en el plan Progresar

A través del citado Decreto de Necesidad y Urgencia, se modifica el Programa de Respaldo a Estudiantes Argentinos (PROGRESAR) creado en 2014. La modificación dispone el traspaso del plan desde Anses a la órbita del Ministerio de Educación y, además, su transformación en un programa de becas que incentivará las carreras duras y los promedios altos, indicaron desde la cartera educativa.

Decreto Nº 93/2018. Establece prohibición de contratar familiares de funcionarios en el sector público nacional

Se estableció que "no podrán efectuarse designaciones de personas en todo el Sector Público Nacional que tengan algún vínculo de parentesco tanto en línea recta como en línea colateral hasta el segundo grado con el Presidente y vicepresidente de la Nación, jefe de Gabinete de ministros, ministros y demás funcionarios con rango y jerarquía de ministro". La norma estableció la vigencia desde su dictado, y también determinó que los familiares de los funcionarios que estén alcanzados por la prohibición deberán dejar su cargo antes del 28 de febrero corriente.

Decreto Nº 94/2018. Prorroga hasta fin de 2018 la devolución del IVA a jubilados y beneficiarios de planes sociales

Prorroga hasta el 31 de diciembre de 2018 la vigencia del régimen de reintegro del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a jubilados y beneficiarios de planes sociales que contempla la Ley 27.253. El beneficio es la devolución del 15% del IVA en las compras que realicen en comercios de venta minorista los beneficiarios con tarjetas de débito. El monto reintegrado no puede superar los 300 pesos.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 95/2018. Recortes en la Administración Pública

Modifica la Ley de Ministerios para avanzar en su programa de recorte de la Administración. La norma introduce cambios en las competencias de dos carteras, declaró en estado de liquidación a Lotería Nacional Sociedad del Estado, redujo el número de directores del Banco de la Nación Argentina como del Central y eliminó el Servicio Nacional de Rehabilitación, entre otras modificaciones.

Decreto Nº 110/2018. Reglamentación de la Ley de Reforma Previsional

El Poder Ejecutivo Nacional, a través del publicado hoy, reglamentó la Ley de Reforma Previsional (27.426) y una cláusula de la Ley de Reparación Histórica (27.260). Justamente sobre esta última, se fijó que las personas que, al llegar a la edad de 65 años, cumplan con el requisito de haber acumulado 30 años de aportes previsionales, no tendrán derecho al pago de la Prestación Universal para el Adulto Mayor (PUAM), en caso de que opten por seguir trabajando sin tramitar por un tiempo el alta de su haber jubilatorio.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 157/2018. Quita del ámbito de la nueva ley de honorarios de abogados a los casos de reparación histórica ni de la ley complementaria de ART

Se estableció que en los asuntos regulados por la Ley de Reparación Histórica de Jubilados (Nº 27.260) no se le aplican los artículos 5°, 10, 16 in fine, 51 y 58 de la nueva Ley de Honorarios para Abogados (Nº 27.423). También estableció que las disposiciones de la última norma "no serán aplicables a los asuntos que tramiten ante las instancias administrativas y judiciales reguladas por los artículos 1° y 2° de la Ley Complementaria Sobre Riesgos del Trabajo Nº 27.348, sustanciados por organismos administrativos y/o judiciales que se encuentran en la órbita de competencia nacional o federal".

Decreto Nº 174/2018. Reorganiza la estructura y suprime cargos en el Poder Ejecutivo

Aprueba el Organigrama de Aplicación de la Administración Nacional centralizada (hasta nivel de Subsecretaría) que supone, en sus propios términos, una "reingeniería organizacional". La medida supone un recorte de muchos cargos, creados por la actual gestión, "que ya no resulten estrictamente necesarios para el cumplimiento de las acciones y misiones de los organismos y Jurisdicciones del Estado Nacional".

Decreto Nº 182/2018. Crea una comisión para reformar parcialmente el Código Civil y Comercial

Crea la "Comisión para la modificación parcial del Código Civil y Comercial de la Nación" integrada por Julio César Rivera; Ramón Daniel Pizarro; Diego Botana; Agustina Díaz Cordero, quien se desempeñará como secretaria académica; y Marcelo Alejandro Rufino, quien actuará como secretario "ad hoc"

El cuerpo, que funcionará en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, deberá elevar al Poder Ejecutivo un anteproyecto del nuevo texto en un plazo de seis meses a

partir de su constitución formal. Cabe recordar que el Código Civil y Comercial este año cumplirá tres años de vigencia.

Resolución Nº 1085/2017de la Secretaría de Energía Eléctrica dependiente del Ministerio de Energía y Minería. Establece nuevos valores de la energía eléctrica, en el Mercado Eléctrico Mayorista

Establece los nuevos Precios de Referencia de la Potencia y Energía en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y los de Referencia de la Potencia y Estabilizados de la Energía para Distribuidores, correspondientes al Período Estacional de Verano. Además se establecieron los nuevos parámetros del Plan Estímulo al Ahorro de Energía Eléctrica y la Tarifa Social.

Provincia de Buenos Aires

Ley Nº 14.988. Adhesión a la ley federal de electrodependientes

Establece la adhesión al régimen establecido por la Ley 27.351 que garantiza en el domicilio de los electrodependientes por cuestiones de salud el servicio eléctrico en forma permanente además de gozar de un tratamiento tarifario especial gratuito en el servicio público de provisión de energía eléctrica

Ley Nº 14.989. Nueva Ley de Ministerios de la Provincia de Buenos Aires

Delimita la nueva estructura de los ministerios del Poder Ejecutivo bonaerense. De esta forma, el organigrama queda compuesto por 14 ministerios: Jefatura de Gabinete de Ministros; Economía; Gobierno; Infraestructura y Servicios Públicos; Salud; Seguridad; Justicia; Agroindustria; Desarrollo Social; Producción; Ciencia, Trabajo; Tecnología e Innovación; Gestión Cultural y de Asuntos Públicos. Las cuatro secretarías del Poder Ejecutivo que tienen rango ministerial son Secretaría General; Legal y Técnica; de Derechos Humanos y Medios.

A través de la reforma se eliminaron 14 subsecretarías, 82 direcciones provinciales y 125 direcciones. También se creó el Organismo Provincial de Integración Social (OLISU), que entre otras funciones, hará el diagnóstico y evaluación sobre el estado de las villas, asentamientos y núcleos habitacionales transitorios, entre otros cambios que contempla el articulado.

Ley Nº 14.997. Adhesión a la nueva Ley de Riesgos del Trabajo

Mediante esta norma, la provincia adhirió a la Ley Nacional Nº 27.348 Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo. Aquella norma modificó el sistema de riesgos del trabajo y dispuso que las Comisiones Médicas sean la instancia administrativa previa, obligatoria y excluyente a la que debe recurrir un trabajador que sufre un accidente laboral.

Ley Nº 15.005. Creación de la Policía Judicial

Se crea la Policía Judicial de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 166 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, bajo el régimen de servicio público esencial, dependiente orgánica y funcionalmente del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires. Es una institución civil técnico-científica, organizada jerárquicamente, que asistirá y trabajará con el agente fiscal en la investigación, búsqueda, recolección, preservación y análisis de elementos de convicción y prueba en los procesos penales.

Ley Nº 15.008 Modificación del Régimen de Jubilaciones de los Empleados del Banco Provincia

Eleva de 57 a 65 la edad jubilatoria de los empleados del Banco, equiparándola al régimen de los empleados públicos de la Provincia. Dicha medida se implementará gradualmente en un período de diez años.

Ley Nº 15.016. Reformas a la ley de regulación de honorarios de abogados bonaerenses

Se efectúan modificaciones a la legislación de honorarios para los procesos de apremio y amparo. Se estableció para los primeros se establecerán siguiendo las pautas de los juicios ejecutivos, reducidos en un 10% con un mínimo de tres jus calculados conforme a la derogada Ley 8904, mientras que en los segundos, se contempló su forma de regulación dado que la Ley Arancelaria vigente no los había previsto.

Decreto Nº 661/17 E. Crea una comisión para reformar la norma de procedimiento administrativo

Se crea, en el ámbito de la Secretaria Legal y Técnica, una "Comisión para el Estudio de la reforma del Decreto-Ley Nº 7647/70 y modificatorias" con el objeto de elevar al Poder Ejecutivo, en el plazo de un año a contar desde la fecha de su primera reunión, un anteproyecto de ley de actualización integral del procedimiento administrativo. La comisión se integrará con un miembro titular y un suplente designado por los siguientes organismos: Secretaría Legal y Técnica; Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros; Ministerio de Justicia; Asesoría General de Gobierno; Contaduría General y Fiscalía de Estado.

Decreto 1/2018. Veto de la prórroga de la expropiación del centro cultural platense "Olga Vázquez"

A través de esta norma, se veta la ley sancionada por la legislatura bonaerense que prolongaba por tres años la expropiación del inmueble donde funciona el centro cultural "Olga Vázquez" y su transferencia a la Asociación Civil "Unión Solidaria". El Ejecutivo alegó que no están estimados los gastos ni previstas las partidas presupuestarias.

El Olga Vázquez, ubicado en la calle 60 entre 10 y 11, de la ciudad de La Plata, es un espacio recuperado en el que confluyen diversas propuestas culturales, proyectos de trabajo colectivo y organizaciones populares. Desde hace tiempo, sus

integrantes vienen peleando por la implementación por parte del Estado de la ley de expropiación del inmueble, aprobada hace 10 años, y prorrogada en sucesivas oportunidades.

Decreto 6/2018. Adhesión de la provincia de Buenos Aires al Pacto Fiscal de la Nación con las provincias

La provincia de Buenos Aires adhirió al Pacto Fiscal de la Nación con las provincias (excepto San Luis), aprobado por la ley 15.017 de la Legislatura en diciembre pasado. A través de esta norma, la gestión de María Eugenia Vidal recibirá $21 mil millones este año y $44 mil millones en 2019 de parte de Nación en compensación por el Fondo del Conurbano. La Provincia, a través de Fiscalía de Estado, desistirá de la causa en la Corte Suprema en ese punto respectivo. Por otro lado, la referida ley también establece ajuste tributarios derivados del referido acuerdo fiscal.

Decreto Nº 61/2018. Establece la prohibición de contratar familiares de funcionarios en el sector público

Establece que "no podrán efectuarse designaciones de personas en todo el Sector Público Provincial que tengan algún vínculo de parentesco tanto en línea recta como en línea colateral hasta el segundo grado con el Gobernador y vigobernador, jefe de Gabinete de ministros, ministros y demás funcionarios con rango y jerarquía de ministro". La norma estableció la vigencia desde su dictado, es decir, desde el 1° de febrero y también determinó que los familiares de los funcionarios que estén alcanzados por la prohibición deberán dejar su cargo antes del 1° de marzo próximo. La medida es igual a la adoptada por el Ejecutivo Nacional a través del Decreto 93/2018.

Resolución 60/18 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos. Aumenta la tarifa del servicio público de energía eléctrica en la provincia de Buenos Aires

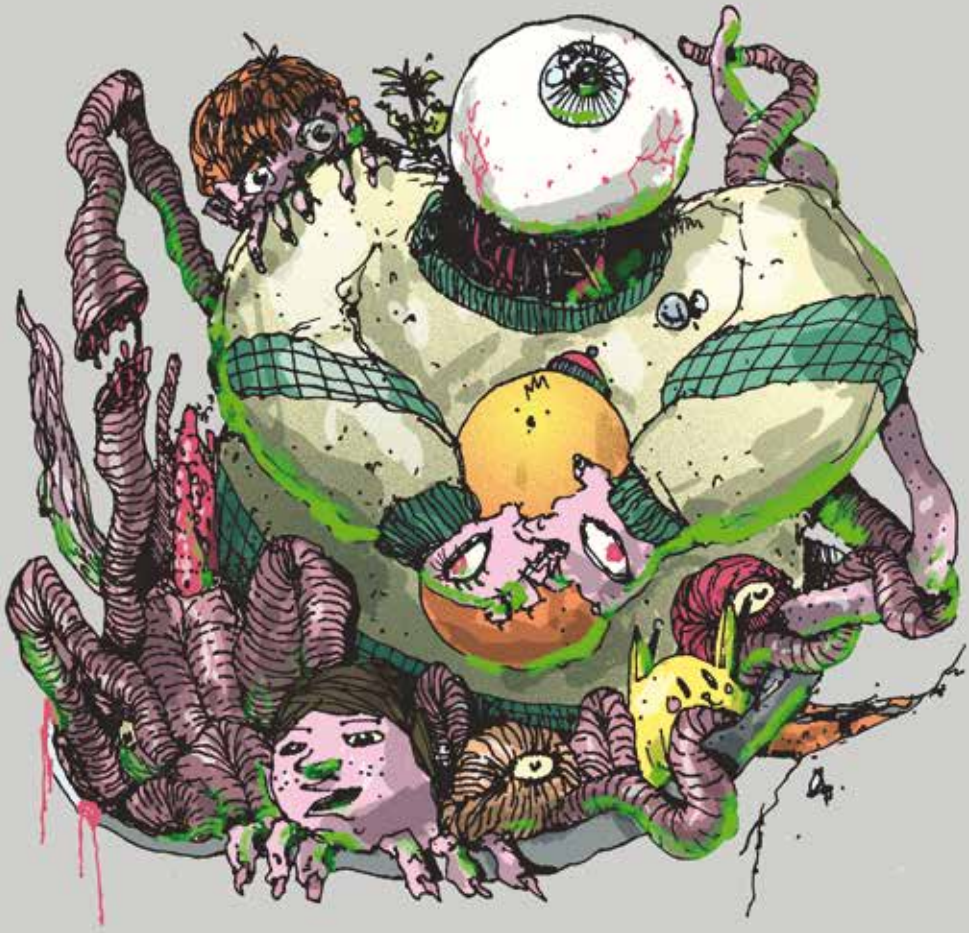
Aprueba el cálculo de los valores del cuadro tarifario de las distribuidoras de energía eléctrica EDELAP S.A., EDEA S.A.,

EDEN S.A. y EDES S.A. junto con la aprobación de la Resolución 377/17 del OCEBA. El aumento promedio de las tarifas ronda el 32%.

Resolución Nº248/2018 del Ministerio de Economía. Oficializa el nuevo esquema de Coparticipación municipal para 2018

Define la coparticipación de sus 135 municipios. Se publica el nuevo Código Único de Distribución (CUD). Mientras que 56 comunas salieron ganando, 78 recibirán menos fondos y solo una se mantendrá igual que el año pasado.

En este sentido, el distrito de Escobar resultó el más beneficiado con una suba del 22,1%, seguido por José C. Paz con 11,9% y Hurlingham con un 10,9%. Del otro lado, las cuentas más perjudicadas para este ejercicio serán las de General Pinto, que recibirá un 8,8% menos que en 2017, seguida por Suipacha con menos 8,7% y Luján con menos 8,6%. Las comunas que encabezan la distribución son La Matanza (7,73%), Merlo (3,59%), Malvinas Argentinas (3,33%) y La Plata (2,82%) con respecto al total repartible.



V. TETTAMANTI

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA

Ocupa

Dijo que le buscara psicólogo
porque ignoraba dónde había puesto
sus últimas muertes.
Solté, como para salir del paso,
que si no se le daba
lugar a una muerte, ésta podría usurpar
el espacio de otra. Seguramente
por eso, agregó, deseaba, de un tiempo
a esta parte, ocupar un terreno.

Autor: *Andrés Szychowski*

El proceso contencioso administrativo frente al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos

Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones

Pablo Octavio Cabral[1]

I. Introducción

Intentaremos acercarnos a una parte específica del amplio desarrollo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos les ha dado a las formas de reparación de las violaciones –por parte de los Estados– de los derechos reconocidos y protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. Pondremos el ojo en algunos fallos del Tribunal interamericano en los que se juzgó un proceso judicial de responsabilidad interno llevado a cabo en el ámbito del poder judicial (justicia contenciosa administrativa) del Estado colombiano.[2]

El estado de esta jurisprudencia reparatoria de la Corte y su proyección puede contribuir al desarrollo de la jurisprudencia de las justicias federal y locales, en la forma de definir y establecer la reparación y –de este modo– coadyuvar a aplicar

---

[1] Abogado, especialista en derecho administrativo, profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Contactarse a *pablooctaviocabral@yahoo.com.ar*

[2] Corte IDH, Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, 5/07/04 (Serie C, Nº 109); Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, 15/09/05 (Serie C, Nº 134); Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, 31/01/06 (Serie C, Nº 140); Caso de la Masacre de Ituango Vs. Colombia, 1/07/06 (Serie C, Nº 148); Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia, 11/05/07 (Serie C, Nº 163); Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia, 27/11/08 (Serie C, Nº 192); Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, 26/05/10 (Serie C, Nº 213); Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, 30/11/12 (Serie C, Nº 259) y Caso Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, 14/11/14 (Serie C, Nº 287).

plenamente la Convención Americana de Derechos Humanos en el derecho interno argentino.

La importancia de las construcciones jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ve amplificada por la recepción que nuestro ordenamiento jurídico nacional le otorgó, a partir de la modificación de nuestro sistema de fuentes en la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994. La obligatoriedad dentro de nuestro país de tales decisiones tomadas en el sistema regional de protección de los derechos humanos fue dispuesta por interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El impacto de la jurisprudencia del Sistema Interamericano, tanto respecto de la protección de los derechos de la Convención Americana, como de la reparación de los daños causados por la conducta estatal, obligan a los intérpretes de sistema de responsabilidad estatal a considerar los conceptos desarrollados por la Corte Interamericana.[3]

En este primer abordaje de los criterios del Tribunal interamericano seleccionamos nueve precedentes en los que se analizó el alcance de los procesos internos de reparación que se radicaron ante la justicia contencioso administrativa colombiana. Para ello en primer lugar abordaremos las reparaciones en el sistema interamericano, luego describiremos brevemente el funcionamiento de la justicia contencioso administrativa en Colombia y finalmente expondremos las tres etapas en que podemos dividir la jurisprudencia referida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

[3] Ampliar en Ibarlucía, Emilio, El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2013, en especial Capítulo III, "Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su posible incidencia en el derecho interno"; Buteler, Alfonso, Derecho Administrativo Argentino, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, Tomo II, dice "la CIDH ha ido delineando diversos criterios de reparación por la violación de los derechos humanos y ha establecido ciertos patrones conceptuales vinculados a los rubros indemnistatorios", p. 432; Berizonce, Roberto y Hitters, Juan Carlos, De la tutela judicial interna a la tutela judicial interamericana", Librería Editora Platense, La Plata, 2010.

II. Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

II.1. Carácter complementario de la jurisdicción interamericana de derechos humanos

Cabe recordar que las incidencias de los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana deben cumplir un rol de guía y referencia para las decisiones que los Estados, a través de sus órganos y poderes, adopten en relación a cuestiones que puedan afectar los derechos y libertades protegidos por la Convención Americana.

La influencia de las decisiones adoptadas por la Corte y la Comisión hacia el interior de los Estados parte, resulta una característica central del ordenamiento regional, pues es evidente que los órganos del sistema interamericano no pueden intervenir en cada una de las violaciones a los derechos humanos en la que tengan competencia ya que son los propios Estados los garantes primarios de la efectividad de tales derechos (Arts. 1 y 2 de la CADH). Se puede afirmar entonces que es una de las características esenciales de la jurisdicción interamericana de derechos humanos su necesaria complementariedad con las jurisdicciones locales.

Resulta un criterio pacífico de la Corte Interamericana que la jurisdicción internacional de derechos humanos tiene carácter subsidiario[4], coadyuvante y complementario[5]. También que, según su propia doctrina, de acuerdo con el derecho

---

[4] Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66; y Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 47.

[5] Cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver también, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 31; La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 26; y Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61.

internacional general, la Corte no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado a la víctima de la violación y carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer a las autoridades judiciales nacionales.[6]

La Corte expresó en el caso "Duque Vs. Colombia"[7] que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos "consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren" y que "si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte". Además este Tribunal también indicó que "cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su 'aprobación' o 'confirmación'"[8].

Asimismo, este Tribunal señaló que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los

---

6 C-30 Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua.

7 C-310 Caso Duque Vs. Colombia.

8 Cfr. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 33, y Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 136.

Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos"[9]. El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa[10].

Como explica Cristián Correa: "la jurisprudencia de la Corte ha hecho un interesante desarrollo de las formas de reparación, que descansa en la noción de *restitutio in integrum* y de indemnización justa, a que hace referencia el artículo 63.1 de la Convención…De esta forma, la jurisprudencia en esta materia de la Corte puede contribuir también al desarrollo de la jurisprudencia de tribunales nacionales en su forma de definir la reparación tanto para casos de violaciones a los derechos humanos, como eventualmente para perfeccionar su jurisprudencia respecto al derecho a la reparación en relación a otros crímenes, especialmente dada la disparidad de criterios existente en el Continente en relación a la indemnización del daño moral".[11]

---

[9] Cfr. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66, y Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, parr. 159.

[10] Cfr. Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú, párr. 137. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú, párr. 159.

[11] Cristián Correa, "Reparaciones en Perú: El largo camino entre las recomendaciones y la implementación", publicado en www.ictj.org/es (junio de 2013).

II. 2. La reparación en la Convención Interamericana de Derechos Humanos[12]

La Convención Americana reguló situaciones en las que reconoce el derecho a obtener una reparación o indemnización por la violación de un derecho reconocido por la Convención, en sus artículos 10 (indemnización por error judicial); 21 (derecho de propiedad) y 63.1 (sistema de reparaciones).

El Art. 10 de la CADH establece que: "**Derecho a Indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial**". La República Argentina efectuó una reserva, junto con declaraciones interpretativas, entre otros, del artículo ahora en estudio, donde afirmo que: "El artículo 10 debe interpretarse en el sentido de que el error judicial sea establecido por un Tribunal Nacional".

La regulación referida al derecho de propiedad, anclada en el Art. 21 del CADH, establece en su segundo inciso que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

Finalmente, la Convención Americana en su Art. 63.1 dispuso que: "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada."

La norma se complementa con lo dispuesto en el Art. 68 dispone que: "1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen

---

[12] Ampliar en Bazán, Víctor; "Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos, con particular referencia al sistema interamericano", AADI, XVIII, 2009, pág. 267 y sgtes.

a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

Conforme al artículo 68.1 de la Convención Americana, es obligación del Estado cumplir con las medidas de reparación ordenadas en la sentencia dictada por la Corte. La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional Público, respaldado por su jurisprudencia, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe *(pacta sunt servanda)*[13]. Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos[14].

La Corte Interamericana, desde sus primeras sentencias ha desarrollado una abundante jurisprudencia mediante la cual implementó un abanico de medidas reparatorias desde una óptica distinta a la tradicional del derecho de daños, generando herramientas concretas a la hora de intentar restituir la situación al momento anterior a la afectación.

---

[13] Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35; Caso Alban Cornejo Vs. Ecuador. Supervisión de Cumplimiento. Resolución de la Corte de 27 de agosto de 2010, Considerando quinto, y Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Supervisión de Cumplimiento. Resolución de la Corte de 1 de septiembre de 2010, Considerando quinto.

[14] Cfr. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 37; Caso Alban Cornejo Vs. Ecuador, supra nota 9, Considerando sexto, y Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, supra nota 9, Considerando sexto.

El Tribunal asumió el imperativo convencional del artículo 63 resolviendo en cada caso en el que halló violados derechos protegidos por la Convención Americana una forma concreta de reparación. Esta particularidad distinguió su actuar del de su par europea, pues la Corte Europea de Derechos Humanos reenvía al ordenamiento jurídico interno del Estado enjuiciado la determinación de las medidas de reparación, limitándose sólo a cumplir una función de homologación.

El inicio de este camino comenzó con el dictado de dos sentencias de reparaciones y costas, luego de haber condenado al Estado de Honduras por la desaparición de dos ciudadanos en sendas sentencias de fondo.

El primero de ellos es el caso "Velázquez Rodríguez Vs. Honduras", reparaciones y costas sentenciada el 21 de julio de 1989. Al dictar su primera sentencia reparatoria, la Corte abordó los alcances y contenidos de la justa indemnización, dejando en claro que no se utilizará el derecho interno hondureño, y estableciendo que sus fundamentos se hallan en los principios del derecho internacional, en los instrumentos internacionales de carácter universal y regional y, en especial, en el artículo 63.1 de la CADH. Así explica que la restitución plena comprende: a) el restablecimiento de la situación anterior, b) la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y c) la indemnización a fin de compensar los daños patrimoniales, los daños extra patrimoniales y el daño moral. Respecto de éste último, afirma que es resarcible según el derecho internacional y particularmente en casos de violación de derechos humanos, debiéndose ajustarse su liquidación a los principios de equidad. Agrega que la justa indemnización es compensatoria y no sancionatoria, por lo que rechaza la petición de daños punitivos.

Al momento de resolver los alcances y límites de la indemnización procedente en el caso, rechaza el pago de daño emergente y reconoce los rubros lucro cesante y daño moral en cabeza de los familiares de la víctima de la violación comprobada.

A similar decisión arribó la Corte en el caso "Godínez Cruz Vs. Honduras", sentencia de reparaciones y costas dictada en

la misma fecha y respecto de iguales violaciones respecto de otro ciudadano llevadas a cabo por el Estado hondureño. Con fecha 10 de septiembre de 1993 la Corte dictó sentencia de reparaciones y costas en el caso "Aloeboetoe", ampliando los fundamentos de su competencia y precisando los límites de su intervención.

En los primeros fallos reparatorio fundo la Corte la reparación en los Principios del Derecho Internacional y en el artículo 63, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, quedando fuera de las fuentes a utilizar las normas internas de los Estados referidas a su propia responsabilidad.

Dijo que "Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado "incluso una concepción general de derecho", que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184).", agregando que "La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extra patrimoniales incluyendo el daño moral."

En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad.

La indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional. El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (véanse por ejemplo las comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Informes del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas). Lo propio ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el artículo 50 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Sostiene que ninguna parte de este artículo en aplicación hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo. Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia.

Un punto de inflexión en tal jurisprudencia fue el precedente del caso Aloeboetoe vs. Suriname[15] en el que entendió que: "Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: causa *causae est causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos".

Agregó que el artículo 63.1 de la Convención Americana: "distingue entre la conducta que el Estado responsable de una violación debe observar desde el momento de la sentencia de la Corte y las consecuencias de la actitud del mismo Estado en el pasado, o sea, mientras duró la violación. En cuanto al futuro,

[15] Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C Nº 15.

el artículo 63.1 dispone que se ha de garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcados. Respecto del tiempo pasado, esa prescripción faculta a la Corte a imponer una reparación por las consecuencias de la violación y una justa indemnización".

El otorgamiento de indemnizaciones es la forma más frecuente y tradicional de entender la obligación de reparar. Ella constituye la forma de reparar un daño causado, según ha dicho la Corte desde su primer fallo sobre reparaciones, particularmente respecto de atentados en contra de la vida de las personas. La indemnización del daño material y moral es entendida como una forma sustitutiva de reparación a favor de los familiares y dependientes de la víctima por no ser posible la *restitutio in integrum* en caso de violación de la vida. Esta forma de reparación fue la única establecida por la Corte en sus primeros años, influenciada por la tradición jurídica iusprivatista, aunque como se ha visto, posteriormente se han incorporado otras modalidades.

Es importante notar, además, que la Corte ha adoptado una serie de medidas para *proteger la integridad de las condenas de indemnización*. Para efectos de asegurar mantener su valor adquisitivo, ellas son fijadas en dólares de EE.UU., o en una cantidad equivalente en moneda nacional, precisando que el tipo de cambio debe corresponder al vigente el día anterior en la plaza de Nueva York. La Corte establece un plazo para que el Estado haga el pago, disponiendo la aplicación de intereses moratorios bancario del país, en caso de retardo. Adicionalmente, cuando ha dispuesto de medidas de reparación a favor de personas que son menores de edad, ha ordenado la creación de fideicomisos en su beneficio, fijando estándares para su seguridad e integridad. A su vez, si los beneficiarios no recibieran el pago, el Estado deberá depositarlas en una cuenta o certificado de depósito en las condiciones más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, y al cabo de 10 años el Estado podrá reclamar su devolución. Otra protección importante es que estas cantidades deben ser pagadas íntegramente a los

beneficiarios o a sus herederos, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales. Estas medidas de protección también son aplicables a la condena en costas.

II. 3. Alcances de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en los ordenamientos jurídicos nacionales. El control de convencionalidad

Como cuestión general corresponde recordar que en derecho internacional público los fallos o precedentes que dicten los órganos jurisdiccionales creados por pactos o tratados firmados por Estados, no pueden generar derecho objetivo, ni aún mediante la interpretación que hagan de las fuentes que utilizan.

Este principio, según sostiene parte de la doctrina, se encuentra flexibilizado o, según algunos, desconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ejemplo de esta última posición es enarbolada por Alan Diego Vogelfanger, para quien la Corte Interamericana: "presenta dos características fundamentales: 1) Utiliza criterios de interpretación sumamente amplios; y 2) Con su doctrina de control de convencionalidad, hace que todas sus decisiones –sentencias, medidas provisionales, opiniones consultivas– sean obligatorias para todos los Estados que hayan ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos"[16].

El artículo 68. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

La Corte Interamericana entiende que la Convención debe ser interpretada de forma sumamente amplia y adecuada a los momentos históricos particulares[17] y ha sostenido que los

[16] Vogelfanger, Alan Diego, La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Pensar en Derecho, p. 251.

[17] OC Nº 16

tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

Por otra parte, a través del control de convencionalidad, la Corte interamericana convierte en obligatorios sus estándares para todo los Estados que son parte del sistema regional de protección de derechos humanos.[18]

El párrafo 124 del caso Almonacid Arellano Vs. Chile explica el contenido y los alcances del control en cuestión: "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."

Luego el Tribunal agregó que el control de convencionalidad debía realizarse de oficio. Así, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú sostuvo que: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus

[18] Midón, Mario, Control de convencionalidad, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2016; Albanese, Susana –coordinadora–, El control de convencionalidad, Buenos Aires, Ediar, 2008.

disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad"[19] *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones."

Por último la Corte interpretó en el Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México que la obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.[20]

En el caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname[21] sostuvo la Corte sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional que "si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad

---

[19] Cfr., en similar sentido, Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 3, párr. 124.

[20] Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (párr. 225).

[21] Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana les compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos".

El Tribunal ha puesto de relieve la importancia de la realización del control de convencionalidad en el ámbito interno para evitar que los Estados incurran en responsabilidad internacional, considerando que ellos son los primeros llamados a cumplir con la labor de protección de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha destacado la subsidiariedad del sistema internacional (en lo contencioso) y ha dado cuenta de la progresiva incorporación del control por parte de la jurisprudencia constitucional comparada.

En cuanto a la complementariedad de la jurisdicción interamericana en materia de reparación de violaciones a la Convención Americana, en el caso "Masacre de Santo Domingo"[22], dijo: "La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos". Esas ideas también han adquirido forma en

[22] CorteIDH, caso "Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia", 30/11/2012.

la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un "control de convencionalidad".

Agregó el Tribunal que: "Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad".

II. 4. Diferenciación de partes y materia en las jurisdicciones internacional e interna

Como vimos, el sistema interamericano de protección actúa, una vez que en el ámbito nacional se desarrollaron diversos procesos judiciales y administrativos que, si bien dependen de la normativa de cada Estado, pueden ser clasificados genéricamente en Justicia Penal, Justicia Militar, Jurisdicción Disciplinaria, Justicia ordinaria no penal (civil, laboral, contencioso administrativa, fiscal, etc.).

¿La relación que existe en la competencia de la Corte Interamericana con cada uno de los procesos judiciales internos es la misma?

Entendemos que no, si bien el principio de subsidiariedad del sistema vincula a la intervención de la Corte con todos los procesos judiciales, la posibilidad de introducirse en la

competencia nacional es limitada y varía de acuerdo al tipo de juicio y finalmente, se define por la propia competencia de la jurisdicción interamericana de derechos humanos.

Resulta claro que, por ejemplo, en materia penal, la intervención del sistema interamericano mal podría pretender revocar una sentencia condenatoria o modificar los alcances de ese tipo de decisión judicial. Es por ello que, tratándose en la mayoría de los casos que llegan a la Corte Interamericana de situaciones en las que las violaciones a los derechos humanos se encuentran perpetradas en violación a la ley penal, los alcances reparatorios en esta sede internacional suelen condenar a los Estados a investigar los hechos e identificar y –en su caso– juzgar y sancionar a todos los responsables.

Así la Corte destaca el carácter objetivo de la responsabilidad internacional, en la que se condena al Estado y no a los agentes que integran cualquiera de sus poderes u órganos que –más allá que éstos sean quien en su nombre– violan los derechos humanos de las víctimas. Por ello la revisión o valoración de la actividad punitiva llevada a cabo por el Estado en el ámbito nacional, ya sea a través de la justicia penal o la disciplinaria, no es competencia del tribunal interamericano no siendo entonces objeto de la controversia internacional la investigación y sanción de las conductas individuales de los agentes públicos.

Con estos precisos alcances, y –entendemos– haciendo sólo referencia a los mecanismos punitivos nacionales, afirma el tribunal que: "En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna.". Esta misma frase, que divide aguas entre los sistemas judiciales internos y el internacional, fue utilizada en dos precedentes en los que, sin duda alguna, tal cuestión estaba referida a procesos penales (Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador –01/03/05– y Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú –08/07/04–).

Luego, concluye el párrafo en cuestión afirmando que –en el análisis sobre la violación de los artículos 8.1 y 25 de la

CADH– en las causas penales del orden interno no se revisa la existencia de condena, sino si se garantizó el acceso a la justicia.

¿Sucede lo mismo con los procesos judiciales internos en los que se juzga la responsabilidad del Estado por la violación de derechos fundamentales de personas físicas?

En materia de responsabilidad del Estado –ya sea competencia atribuida por cada Estado a la justicia civil ordinaria o a la justicia contencioso administrativa[23]–, siempre que se trate de una violación de derechos humanos fundamentales –perpetrados por una actuación ilegal de la administración pública que genera un determinado daño a una persona física– la competencia material coincidiría con la otorgada por el sistema interamericano a la Corte IDH. Quedan por fuera de esta superposición de competencias, los casos en los que se trata de una responsabilidad pública por actividad legítima, así como las causas en las que los afectados sean personas jurídicas y no físicas. Ambas situaciones exceden la competencia del tribunal interamericano de derechos humanos.

Como veremos al desarrollar la jurisprudencia objeto de este trabajo, la Corte IDH en un comienzo no analizó la intervención ni el funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa colombiana, más adelante lo hizo sólo a través de los parámetros de los artículos 8.1 y 25 de la CADH–, y finalmente se introdujo en el análisis de lo resuelto en los procesos de responsabilidad del estado tramitados en sede nacional.

Surge la siguiente pregunta ¿Respecto de éstos procesos internos de reparación por daños –generados por la violación de derechos fundamentales– es aplicable la distinción, en cuanto a las partes y materia de la controversia, que hace la Corte entre la jurisdicción internacional y la interna respecto de la justicia penal y disciplinaria?

Como veremos en los puntos siguientes, la Corte volvió a utilizar esta premisa divisoria respecto de los procesos internos

[23] González Pérez, Jesús, Derecho procesal administrativo hispanoamericano, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

de responsabilidad del Estado, en la sentencia dictada en la "Masacre de Mapiripán", no volviendo a reiterar dicho argumento en los casos posteriores, en los que sí se introdujo a analizar lo actuado en sede interna por la justicia contencioso administrativa.

Así la Corte reiteró lo dicho en 19 Comerciantes –con algunas modificaciones– en la causa "Masacre de Mapiripán", en la que –como veremos más adelante– los familiares de las víctimas iniciaron en sede nacional juicios reparatorios ante la jurisdicción contencioso administrativa, arribando a acuerdos indemnizatorios con el Estado, homologados judicialmente;

> "La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con los violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos de Mapiripán, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana".

De haberse sostenido este argumento, según el cual no es competencia de la Corte revisar si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil del Estado, la Corte no hubiera podido valorar las sentencias reparatorias, analizando su razonabilidad y objetividad, ni –mucho menos– complementar

aquellas decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana que indemnizaban parcialmente a las víctimas o sus familiares, no constituyendo tales decisiones reparaciones integrales de la violación de derechos reconocidos en la Convención Americana.

Entendemos que, del desarrollo jurisprudencial que veremos en los siguientes puntos del presente trabajo, se desprende que –en principio– la Corte IDH habría dejado atrás la distinción de partes y materia de la controversia para los casos de responsabilidad del Estado por violación de derechos humanos, reservando tal criterio divisor para la justicia penal y disciplinaria interna.

III. Ordenamiento Jurídico Colombiano

Antes de ingresar al estudio y desarrollo de la jurisprudencia interamericana en estos casos, haremos una breve descripción del funcionamiento de la Justicia Contencioso Administrativa en Colombia.

III. 1. Incorporación de las fuentes internacionales de Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno

El Estado colombiano se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 31 de julio de 1973. Posteriormente, el 21 de junio de 1985 aceptó la competencia contenciosa de la Corte sin reserva alguna, para que esta conociera y se pronunciara sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación del Pacto de San José de Costa Rica. Desde ese momento, el Estado colombiano ha reconocido su obligación de cumplir las sentencias de la Corte IDH. Así la Corte Constitucional ha reafirmado en distintas sentencias el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH.

Actualmente, tanto la doctrina como los criterios judiciales reconocen la existencia de una obligación constitucional de tener en cuenta la jurisprudencia internacional, utilizando como fuente para ello lo establecido en los artículos 93 y 94

de la Constitución Colombiana de 1991[24]. El primero de ellos dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Por su parte el artículo 94 establece que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

La Corte Constitucional colombiana estableció –según lo dispone el artículo 93 de la Carta Política– que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el ordenamiento jurídico interno.[25] Así entendió que "El artículo 93 superior prescribe que los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ahora bien, si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno. Por ello, esta Corte ha reconocido relevancia jurídica a la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia"[26].

---

[24] José Antonio Rengifo (comp.), Derecho internacional de los derechos humanos y sistemas internos de protección y reparación, Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores y Universidad Nacional de Colombia, 2008, pp. 407-472.

[25] Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-582 de 1999

[26] Corte Constitucional, sentencia C-370/2006.

El Consejo de Estado, por su parte, afirma que los lineamientos que se trazan en los fallos de la Corte Interamericana deben ser tenidos en cuenta por los diferentes operadores jurídicos de los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.[27]

III. 2. La responsabilidad estatal en el sistema jurídico colombiano

La Constitución Política de Colombia de 1991 estableció en su artículo 90 que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Esta norma constitucional es interpretada por Fernando Arias García quien entendió que: "Si bien el art. 90 de la C.P. hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios, aparentemente dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que en forma previa a la Constitución de 1991 ha decantado el Consejo de Estado".[28]

---

[27] Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra, Expte. 26.036, Auto del 22 de febrero de 2007.

[28] Arias García, Fernando, Estudios de Derecho Procesal Administrativo. Ley 1437 de 2011 y Código General del Proceso, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2013.

III. 3. La Jurisdicción Contencioso Administrativa de Colombia[29]

La justicia contencioso administrativa de Colombia, entre los tres modelos tradicionales de control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa –administrativo, judicialista o mixto–, en sus orígenes optó por el primero, tomando como inspiración el sistema administrativo francés en el que la resolución de los conflictos jurídicos en los que la administración es parte son resueltos por un órgano con funciones jurisdiccionales de la propia administración pública.[30] Así, entre las características de los sistemas de justicia administrativa con tribunales establecidos bajo el modelo administrativo de jurisdicción delegada, se encuentra su pertenencia a la Administración, aunque actúan separados de la administración activa, la ausencia de toda vinculación con el Poder Judicial y el hecho de que gozan de una competencia establecida por el sistema de cláusula general actuando como tribunales de derecho común en materia administrativa. La Constitución de Colombia de 1991, incluyó al Consejo de Estado como parte del poder judicial (artículo 116[31]), al igual que el resto de los órganos integrantes de la jurisdicción contencioso administrativa (artículos 236 a 238[32]).

---

[29] Cifuentes Muñoz, Eduardo, La Jurisdicción constitucional en Colombia, en la obra "La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica", coordinado por García Belaunde, D y Fernández Segado, F, Dykinson, S. L., Madrid, 1997, p. 468.

[30] Tawil, Guido S, Administración y Justicia, p. 55; "Mediante él se reconoció la existencia, dentro del ámbito de la propia Administración, de una jurisdicción contenciosa-administrativa independiente del Poder Judicial."

[31] Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

[32] Capítulo 3. De la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 236. El Consejo de Estado tendrá el número impar de Magistrados que determine la ley. El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley. La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna. Artículo 237. Son

Los órganos judiciales que encarnan la jurisdicción contenciosa administrativa en Colombia son el Consejo de Estado, en el ámbito nacional, y los tribunales y jueces administrativos, en los órdenes seccional y local.[33]

En la historia de la jurisdicción administrativa colombiana –en tanto jurisdicción especializada– se sancionaron cuatro códigos contencioso administrativos: la ley 130 de 1913, la ley 167 de 1941, el decreto ley 1 de 1984 y la ley 1437 de 2011, ésta última entró en vigencia el 2 de julio de 2012.

Según lo sostiene la doctrina, la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana fue instituida para el control de la actividad que, en cumplimiento de la función administrativa corresponde a la Administración, ya sea realizada por los órganos del Estado o por particulares a los que se les haya autorizado el cumplimiento de la norma. En ese marco, las acciones contencioso administrativas permiten el control de toda la actividad

---

atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado. 4. Preparar y presentar proyectos de actos reformatorios de la Constitución y proyectos de ley. 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley. 6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley. 7. Conocer de la acción de nulidad electoral con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral. Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

[33] Rodríguez Rodriguez, Libardo, Derecho Administrativo general y colombiano, 18ª ed, Editorial Temis, Bogotá, 2013.

de la Administración desarrollada mediante actos, hechos, omisiones u operaciones administrativas, con el objeto de eliminar del ordenamiento jurídico aquellos actos de la Administración expedidos con su violación y el resarcimiento de los perjuicios, en los eventos que esa actividad haya causado en desmedro patrimonial al administrado. Procede la acción para obtener también directamente la indemnización de perjuicios cuando un hecho, una omisión o una operación administrativa haya sido la causa del daño.[34]

Las acciones contenciosas en Colombia se clasifican en aquellas tradicionales (acción de nulidad objetiva; acción de nulidad y restablecimiento del derecho; acción de reparación directa, acción de controversias contractuales, acción electoral, acción de nulidad de cartas de naturaleza y acción de definición de competencias administrativas) y las establecidas en la Constitución de 1991 (acción de tutela; acción de cumplimiento; acción de pérdida de investidura; acción de repetición, acciones populares y acciones de grupo o clase).[35]

En lo que aquí interesa los procesos ante la justicia administrativa que fueron objeto de tratamiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tramitaron con la pretensión o acción de reparación directa, por lo que describiremos brevemente sus características principales.

La **acción de reparación directa** posibilita que la persona que haya recibido un daño o perjuicio en desarrollo de la actividad estatal, ya sea originado en un hecho, una omisión o en una operación administrativa, pueda acudir directamente ante la jurisdicción contenciosa para obtener el resarcimiento, sin necesidad de agotar previamente la instancia administrativa o vía gubernativa. La pretensión tiene la finalidad primera de declarar la responsabilidad administrativa del Estado y, como

---

[34] Palacio Hincapié, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., Medellín, 2008.

[35] Palacio Hincapié, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., Medellín, 2008, p. 213.

consecuencia de ello, la condena a pagar los perjuicios, ya sean materiales y/o morales.

Corresponde aclarar que cuando el daño proviene de un acto viciado por algún tipo de ilegalidad procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa pues una y otra acción se origina en causas o conductas distintas y persiguen objetos diferentes. Ha dicho el Consejo de Estado que: "La causa que origina la acción de nulidad y restablecimiento es un acto administrativo que el demandante considere ilegal; persigue (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado…Las causas que pueden motivar el ejercicio de la acción de reparación directa son variadas: 1) un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa, 2) la condena o la conciliación por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso y/o 3) las conductas materiales provenientes de los particulares que le causan daños a la Administración. Y el objeto de tal mecanismo judicial de defensa busca la declaratoria de responsabilidad extracontractual y la consecuente reparación del daño causado"[36]

El vigente código contencioso administrativo regula la acción de reparación directa en su artículo 140, que dispone lo siguiente: "Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra

[36] Consejo de Estado. Secc. 3. Radicación número: 66001-13-31-000-2003-00646-01 (26093).

causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño".[37]

El proceso contencioso administrativo se caracteriza por permitir la conciliación en aquellas causas cuya pretensión es la reparación directa, como modio de solución del conflicto entre las partes. Así lo establece el artículo 59 de la ley 446 de 1988 y el artículo 37 de la ley 640 de 2002. En opinión de Palacio Hincapié "El mecanismo de la conciliación ha permitido que las entidades públicas puedan entrar a reconocer los perjuicios causados con sus hechos, omisiones y operaciones administrativas, dando oportuna solución a los intereses afectados de los particulares y de paso, logrando el pago de una suma inferior a la que estaría obligada en el evento de adelantar un proceso"[38].

Según explica Rodrigo Escobar Gil, la doctrina colombiana ha prohijado unánimemente esta tendencia positiva, admitiendo sin discusión, la posibilidad de autocomposición en el contencioso de responsabilidad civil por versar sobre derechos transigibles[39]. Explica además los motivos de la posibilidad de conciliar en este tipo de procesos y una de sus consecuencias –que reviste interés para el presente estudio– que es la omisión

---

[37] Ampliar en Arboleda Perdomo, Enrique José; Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, Editorial Legis, Bogotá, 2013

[38] Palacio Hincapié, ob. cit., p 519.

[39] Refiere a la opinión de Morales Medina, H, El Proceso Contencioso Administrativo y su Composición en el Proceso Civil, en Derecho Procesal Administrativo, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, p. 91.

del dictado de una declaración judicial que establezca que la actividad dañosa del Estado es antijurídica.[40]

Antes de concluir la presente descripción quisiéramos destacar la especial regulación de las **acciones de grupo o clase**, establecida en el artículo 88 de la Constitución colombiana, que dispuso que la ley regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares, disposición cumplida por el poder legislativo mediante la sanción de la ley 472 de 1998. La jurisdicción y competencia en este tipo de acciones corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa cuando se trate de procesos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, ello según disponen los artículos 50 y 51 de la Ley 472 de 1998.

Explica Palacio Hincapié que "De conformidad con el artículo 3° y 46 de la Ley 472 de 1998, las Acciones de Grupo o Clase están establecidas para obtener, exclusivamente, el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios que se hayan ocasionado a un conjunto de personas, no menor de 20, que en forma individual los han recibido bajo unas mismas condiciones e iguales causas. Esas condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad"[41]

---

[40] Escobar Gil, Rodrigo, La conciliación en el Proceso Contencioso Administrativo, en la obra La Protección Jurídica del Ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Coordinador Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Editorial Cívitas, Madrid, 1993Tomo III, p. 2445. Dice: " Precisamente en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, donde se presenta una mayor necesidad de reglamentar la institución conciliatoria, es en el campo concerniente a las pretensiones contractuales y de responsabilidad civil, por ser las materias que originan el más alto volumen de conflictos jurídicos y de congestión de los tribunales, en razón, a que la consecuencia del creciente intervencionismo del Estado en la sociedad moderna ha sido un aumento cuantitativo y cualitativo de los daños sufridos por los particulares, los que han reclamado del Estado de Derecho una garantía integral a su patrimonio, y al acudir a la justicia administrativa no les interesa obtener una declaración en el sentido que la actuación de los entes públicos es antijurídica, sino fundamentalmente, que se les repare las lesiones padecidas en su esfera jurídica.", p. 2461.

[41] Palacio Hincapié, ob. cit., p 519.

III.4. Opinión de los peritos en la causa Masacre de Ituango (abogados Rodrigo Uprimny Yepes y Hernando Torres Corredor)

En el caso de la Masacre de Ituango, la Corte recibió el informe pericial del abogado constitucionalista Rodrigo Uprimny Yepes quien describió el funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia y clasificó las dificultades procesales y estructurales de la justicia para permitir una efectiva protección y reparación interna de las violaciones del Estado de derechos humanos de la población.

Así, en cuanto a las pretensiones contencioso administrativas dijo que: "En la jurisdicción contencioso administrativa de Colombia existe la posibilidad de interponer diferentes acciones, las más importantes son: la acción de nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento, así como la acción de reparación directa. Por medio de la "acción de nulidad" se puede pedir la anulación de un acto administrativo por distintos factores establecidos en la ley. Esta acción pública ciudadana no tiene término de caducidad. La "acción de nulidad y restablecimiento" es aquella por medio de la cual un particular afectado puede solicitar no sólo la anulación del acto administrativo, sino el restablecimiento en su derecho y eventualmente una reparación. Esta acción expira a los cuatro meses a partir de la notificación del correspondiente acto administrativo. A través de la acción de "reparación directa" una persona puede demandar al Estado ante la jurisdicción contenciosa administrativa con el fin de obtener una declaración de responsabilidad por un daño antijurídico que la víctima no tiene por qué soportar y una orden de reparación consistente en una indemnización monetaria. La acción que parecería idónea para ser planteada frente a los acontecimientos que se analizan en el presente caso es la "acción de reparación directa", la cual tiene un término de caducidad de dos años a partir de la ocurrencia de los hechos.

En cuanto a relación entre la jurisdicción interna y la internacional sostuvo que: "La jurisdicción contencioso administrativa

ha tenido algunos "logros" en materias relacionadas con derechos humanos. Existe "cierta similitud entre la jurisdicción contencioso administrativo y la jurisdicción internacional en derechos humanos". Sin embargo, el recurso contencioso administrativo de reparación directa "no es un sustituto idóneo" de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, pues tiene obvias limitaciones debido a su naturaleza, reglamentación y limitaciones fácticas funcionales.", concluyendo que "Si bien podría existir una complementariedad entre la instancia internacional en materia de derechos humanos y la jurisdicción contenciosa administrativa, en el entendido de que una reparación monetaria otorgada a una víctima en el ámbito interno podría ser tomada en cuenta por la instancia internacional y evitar así un doble pago de indemnización, esa complementariedad no convierte a la acción de reparación "en una acción idónea para la reparación integral de graves violaciones de derechos humanos" y, por lo tanto, "no constituiría un recurso judicial a ser agotado".

En su informe describe las siguientes cuatro limitaciones jurídicas y reglamentarias del proceso contencioso administrativo:

La primera de estas limitaciones se refiere al fundamento de la declaración de responsabilidad en la jurisdicción contenciosa administrativa. Este fundamento es limitado, pues en dicha jurisdicción no se "examina obligatoriamente el cumplimiento de los estándares y obligaciones internacionales de derechos humanos". Por el contrario, en el proceso contencioso administrativo se determina si "hay un daño que es imputable al Estado y, conforme a la Constitución, si ese daño es antijurídico, pero la noción de daño antijurídico no quiere decir daño derivado de una acción antijurídica del Estado, sino daño que la víctima no tiene por qué soportar, venga este daño de una acción jurídica o de una acción antijurídica del Estado". Ello es distinto a cuando se declara la ruptura de una obligación en materia de derechos humanos. Incluso cuando el Consejo de Estado en una sentencia declara a la Nación responsable por la muerte de determinada persona, no puede entenderse

que es una declaración de responsabilidad del Estado por violar el derecho a la vida, pues, por ejemplo, puede tratarse de un desafortunado accidente de tránsito, en donde el Estado debe reparar pero no hay un sentido estricto de violación al derecho a la vida. Se declara la responsabilidad del Estado por la muerte, pero no por la "violación de determinada cláusula de la Constitución o determinada cláusula de los Tratados de Derechos Humanos".

La segunda limitación hace referencia al significado simbólico y la función jurídica específica de la declaración de responsabilidad en la jurisdicción contenciosa administrativa. En cuanto al significado simbólico de dicha declaración, una de las satisfacciones que las víctimas buscan en las instancias internacionales de derechos humanos es precisamente que surja el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Lo anterior no sucede en la jurisdicción contenciosa administrativa, pues la declaración de responsabilidad se desvaloriza ya que no es obligatoriamente un reproche en derechos humanos ni una rehabilitación de las víctimas, sino la constatación de la ocurrencia de un daño antijurídico que debe ser reparado. De esta manera queda en el mismo punto una declaración porque ocurrió un accidente imputable a un auto de la administración y una declaración de responsabilidad del Estado por una desaparición forzada. En relación con la función jurídica específica de la referida declaración de responsabilidad, a diferencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, el Consejo de Estado no establece los alcances de las obligaciones del Estado "para orientar en su accionar futuro".

Una tercera limitación tiene que ver con el tipo de remedio judicial que establece la jurisdicción contenciosa administrativa cuando declara la responsabilidad del Estado por un daño antijurídico: la indemnización monetaria. Este tipo de reparación es limitada frente a la noción de reparación prevista en el derecho internacional que no sólo supone la indemnización, sino también la restitución, la reparación, la rehabilitación y la garantía de no repetición.

Una cuarta limitación tiene relación específica con las garantías de no repetición, pues la jurisdicción contenciosa administrativa no establece medidas para tal efecto, por lo cual difícilmente puede ser considerada como una instancia que logre apropiadamente ese tipo de garantías. A través de esta jurisdicción no es posible que se ordene reabrir una investigación disciplinaria.

En cuanto a las limitaciones fácticas funcionales –estructura judicial– destaca dos limitaciones vinculadas con el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa y a la duración de los procesos. Dice: "Por último, a las anteriores limitaciones sobre la naturaleza jurídica y la reglamentación del proceso contencioso administrativo habría que agregar unas "limitaciones fácticas funcionales" relativas a los problemas de "acceso" y los de "congestión y morosidad". En cuanto al acceso, la acción de reparación nunca es oficiosa, debe ser presentada por medio de un abogado y ante determinado distrito, que sólo opera en las capitales departamentales, "muchas veces muy lejos de donde ocurren las más graves violaciones de derechos humanos en Colombia". Además, el Estado no cuenta con jueces administrativos, los cuales "están en la ley pero no han sido implementados". Si bien existe la Defensoría Pública, la cual opera para suministrar abogados a los acusados de escasos recursos en los procesos penales, no existe asistencia judicial por parte del Estado a víctimas de escasos recursos para que puedan eventualmente presentar una acción de reparación directa. En cuanto a los problemas de congestión y morosidad, surge del propio informe del Consejo Superior de la Judicatura que, en promedio, los casos ante la jurisdicción contenciosa administrativa duran aproximadamente trece años en ser resueltos de manera definitiva."

Concluye que: "A pesar de que la acción de reparación directa ante la jurisdicción contenciosa administrativa cumple una función democrática importante en la sociedad colombiana, que es la de una especie de seguro colectivo por daños, centrados en la indemnización monetaria, siendo esto muy importante para

paliar, a veces, la falta de justicia en violaciones de derechos humanos, ello no hace de dicha acción un mecanismo idóneo para reparar las graves violaciones de derechos humanos en los términos que lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia internacional en la materia. En Colombia se puede conciliar dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, pero si frente a los estándares de derechos humanos ya es precario, en términos de remedio judicial, una simple declaración de responsabilidad extracontractual del Estado como satisfacción a las víctimas, resulta más precario aún una audiencia de conciliación y el valor simbólico de una declaración de responsabilidad derivada de ésta. El instrumento idóneo para garantizar la reparación integral en Colombia, incluyendo el deber de investigar y sancionar a los responsables en el caso de violaciones de derechos humanos, cumpliendo con la garantía de no repetición, es la jurisdicción penal, pues en caso de recurrir únicamente a la jurisdicción contencioso administrativa podría llegarse al "efecto perverso de una especie de rutinización de los costos de las violaciones de derechos humanos".

Por su parte, Hernando Torres Corredor, en la misma causa actuando como perito propuesto por el Estado explicó que "En relación con la jurisdicción contenciosa administrativa, ésta es colectiva y está integrada por un Consejo de Estado que tiene tres salas, una sala general, una sala contencioso administrativo, y una sala de consulta y servicio civil. Ante dicha jurisdicción se pueden ejercer las siguientes acciones: de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y la contractual. Al referirse al plazo razonable en esta jurisdicción es importante tomar en cuenta la carga laboral que tienen los magistrados de los tribunales administrativos. El mecanismo de la conciliación, como método alternativo para solución de controversias, ha facilitado de alguna manera un camino exitoso frente a la gran congestión. La conciliación incluso está consagrada no solamente en lo contencioso, sino en lo penal. Tratándose de derechos humanos se precisa que la conciliación tiene efecto de cosa juzgada."

Agregó que "En cuanto a las decisiones en materia de reparación directa por daño antijurídico, los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa tienen algunas barreras en relación con la legislación actual para fallar más allá del marco de las pretensiones que les han sido formuladas, pero la jurisprudencia está abriendo el camino. Por medio de la acción de reparación directa se pueden ordenar reparaciones no pecuniarias, de acuerdo con el mandato constitucional, atendiendo a los parámetros de la legislación internacional de reparación integral del daño. El perito no tiene conocimiento de alguna sentencia del Consejo de Estado en la que se ordene la investigación, juzgamiento y sanción de responsables de una violación de derechos humanos. La duración media de la acción de reparación directa es entre cinco y siete años. En segunda instancia un proceso puede demorar, en promedio, entre cuatro y ocho años. Debido a la magnitud de la mora judicial, el Consejo de Estado tiene una Comisión Legislativa que está revisando el Código Contencioso Administrativo. Los tribunales contenciosos administrativos a través de la acción contenciosa administrativa de reparación directa no pueden disponer la no repetición de las conductas que violan los derechos humanos, la persecución penal de los infractores o, entre otras medidas de reparación no pecuniaria, la erección de monumentos. Sin embargo, el perito considera que el escenario jurídico esta dado para esa ruta, pero aún no ha ocurrido en ninguna oportunidad."

IV. La jurisprudencia de la Corte IDH

En los nueve casos[42] en que la Corte analizó procesos contencioso administrativos en los que los actores iniciaron acciones

[42] Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia (5/07/04); Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. 15/09/05; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. 31/01/06; Caso de la Masacre de Ituango Vs. Colombia.1/07/06; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia.11/05/07; Valle Jaramillo Vs. Colombia. 27/11/08; Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. 26/05/10; Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia.30/11/12. 9. Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. 14/11/14

su valoración sobre la posibilidad de alcanzar algún tipo de reparación en sede interna, pueden identificarse tres etapas; la primera en la que el tribunal simplemente describe dentro de los procesos internos la iniciación de acciones ante la justicia contencioso administrativa, la segunda en la que valora negativamente la intervención de la justicia administrativa y la tercera en la que reconoce lo resuelto por la justicia colombiana y revisa y complementa el rubro reparaciones.

IV.1. Primera etapa jurisprudencial: Irrelevancia de los procesos contencioso administrativos internos

En el precedente 19 Comerciantes Vs. Colombia[43] la Corte abordó una causa originada por la detención, desaparición y ejecución el 6 de octubre de 1987 de 19 comerciantes en el municipio de Puerto Boyacá sentenciando que el Estado violó, en perjuicio de las víctimas y sus familiares, los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

En vinculación con las actuaciones y los procesos judiciales internos destaca la Corte que como resultado de los hechos del caso, en Colombia se iniciaron varios procesos judiciales, recordando que de los antecedentes surge que en 1997 y 1998 fueron interpuestas 17 demandas de reparación directa ante el Tribunal Administrativo de Santander contra el Estado por los familiares de las víctimas y se encontraban en trámite diversas demandas

[43] Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109. Los hechos del presente caso ocurrieron el 7 de octubre de 1987 cuando miembros de un grupo paramilitar que operaba en el Municipio de Puerto Boyacá detuvieron a 17 comerciantes, presuntamente por sus relaciones con grupos guerrilleros. Los comerciantes se dedicaban a actividades comerciales, tales como transporte de mercaderías o de personas, o compra y venta de mercancías en la frontera colombo-venezolana. Luego de su detención, fueron asesinados y descuartizados por lo que lanzaron sus cuerpos a un río. Dos semanas después de ocurridos los hechos, otros dos comerciantes fueron en búsqueda de los desaparecidos. Igualmente fueron detenidos y asesinados por el grupo paramilitar. Ante la desaparición de los 19 comerciantes, sus familiares interpusieron una serie de recursos legales a fin de localizarlos. No obstante, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables de los hechos.

de reparación directa que fueron planteadas por familiares de 14 de las víctimas entre 1997 y 1998 ante el Tribunal Administrativo de Santander. Al momento de proyectar sentencia la Corte Interamericana las demandas de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa fueron acumuladas en un solo proceso y al 3 de mayo de 2004 se encontraba pendiente de proferir auto que corriera traslado para alegaciones de conclusión.

En el análisis de la violación de los Artículos 8.1 y 25 en relación con el artículo 1.1 de la CADH, se observa que la Comisión no alegó violación de tales normas por partes de los procesos contencioso administrativos en trámite, aunque entre los alegatos del Estado se encuentra una mención especial a dichos juicios internos de reparación de daños.[44] Manifestó la Corte en relación con las causas contencioso administrativas en trámite que "en estos procesos no se han emitido sentencias ni se ha proferido auto de traslado para alegaciones de conclusión (supra párr. 91). La Corte hace notar que han transcurrido aproximadamente siete años desde que tales demandas fueron interpuestas y que a la fecha de la presente Sentencia no han sido resueltas por el referido tribunal administrativo."[45]

Así el tribunal consideró al respecto:

> 181. La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al

---

[44] En el párr. 158 de la Sentencia se lee que el Estado manifestó que: "ante el Tribunal Administrativo de Santander, con sede en Bucaramanga, se encuentran pendientes diecisiete procesos contencioso administrativos en vía de acción ordinaria de reparación directa. Tales procesos tienen como pretensión general que el tribunal declare que "la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, es responsable administrativamente de todos los daños y perjuicios [,] tanto morales como materiales[,] ocasionados por la desaparición de […] causados a los siguientes familiares […]". La jurisprudencia colombiana reconoce en vía declarativa la responsabilidad estatal soportada en los diferentes regímenes, ya sea por falla probada del servicio o por falla presunta u objetiva, y ordena el pago de indemnizaciones a las víctimas sobrevivientes y a sus familiares por concepto de los perjuicios morales, materiales y fisiológicos ocasionados por los hechos objeto de la responsabilidad estatal declarada."

[45] Parr.179.

> individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Como lo ha señalado en otras ocasiones, en el presente caso la Corte tiene atribuciones, no para investigar y sancionar la conducta individual de los agentes del Estado que hubiesen participado en las violaciones, sino para establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. En este caso, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias condenatorias por las violaciones cometidas en perjuicio de los 19 comerciantes, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana.

Más adelante sostiene la Corte que el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que "se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido"[46].

En este primer fallo, el Tribunal no revisa ni cuestiona la actuación de la jurisdicción contencioso administrativa interna, evidenciando su irrelevancia para la resolución del caso.

[46] Parr. 187.

IV. 2. Segunda etapa jurisprudencial: la Justicia Contencioso Administrativa no constituye per se un recurso efectivo y adecuado de reparación integral[47]

La relación existente entre la jurisdicción interamericana y la justicia nacional no penal durante la segunda etapa jurisprudencial en estudio fue descripta por Hitters y Fappiano quienes afirmaron descriptivamente que las decisiones adoptadas por los tribunales contencioso administrativos, aunque otorguen indemnizaciones a las víctimas o a sus familiares, no contienen una manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos consagrados en la Convención, no abarcan aspectos relativos a la rehabilitación, la verdad, la justicia y el rescate de la memoria histórica, así como tampoco medidas de garantía de no repetición.[48]

Agregan que la Corte Interamericana se expidió con relación a los procesos contencioso administrativos promovidos para reparar a las víctimas de los daños patrimoniales y morales derivados de los hechos violatorios de los derechos humanos entablados, sosteniendo que no constituye per se un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esas violaciones[49].

En efecto, la Corte abordó en varias de sus sentencias –que aquí veremos– los procesos internos tramitados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa colombiana en los que las víctimas o sus familiares demandaron al Estado con una

---

[47] Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. 15/09/05; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. 31/01/06; Caso de la Masacre de Ituango Vs. Colombia.1/07/06; Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia.11/05/07; Valle Jaramillo Vs. Colombia.27/11/08. Esta etapa fue analizada por Ferreira Rojas, Felipe y Mariño Rivera, Isabella, Avances de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana: Hacia el reconocimiento de medidas de reparación integral a favor de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Debate Interamericano, Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Vol. 1, Bogotá, pp. 15-82.

[48] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar I; Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediar, Buenos Aires, 2007

[49] Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar I; Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediar, Buenos Aires, 2007

pretensión de reparación directa por los daños y perjuicios provocados por la violación de derechos fundamentales garantizados también en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con el caso Masacre de Mapiripán[50], se inicia entonces esta nueva etapa en la jurisprudencia de la Corte interamericana en la que el tribunal se encuentra con procesos internos en la jurisdicción contencioso administrativa en los que, mediante sentencia o acuerdos entre partes homologados judicialmente, se dispuso una reparación a través del pago de un monto indemnizatorio en virtud de la declaración judicial de responsabilidad administrativa del Estado. Continúa y se desarrolla en los precedentes Masacre de Pueblo Bello, Masacre de Ituango, Masacre de la Rochela, finalizando en el caso Valle Jaramillo.

El tribunal estableció criterios para evaluar la efectividad de la justicia contencioso administrativa, describió su intervención como parcial o incompleta (por reparar únicamente mediante el pago de una indemnización y por tratarse de un proceso necesariamente incoado por las víctimas o sus familiares) y concluyó que, en los términos de la obligación de reparación que surge como consecuencia de violación de la Convención, el proceso contencioso administrativo no constituye *per se* un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esa violación.

Los criterios doctrinarios más relevantes de esta etapa pueden ser sintetizados de la siguiente forma:

---

[50] Los hechos del presente caso se iniciaron el 12 de julio de 1997 cuando un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare en vuelos irregulares y fueron recogidos por miembros del Ejército sin exigirles ningún tipo de control. El Ejército colombiano facilitó el transporte de los paramilitares hasta la localidad de Mapiripán. El 15 de julio de 1997, más de cien hombres armados rodearon Mapiripán por vía terrestre y fluvial. Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, comunicaciones y oficinas públicas, y procedieron a intimidar a sus habitantes. Un grupo fue torturado y asesinado. La fuerza pública llegó a Mapiripán el 22 de julio de 1997, después de concluida la masacre y con posterioridad a la llegada de los medios de comunicación, cuando los paramilitares ya habían destruido gran parte de la evidencia física. A pesar de los recursos interpuestos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.

IV.2.1. Criterios de evaluación de la efectividad de la jurisdicción contencioso administrativa

Para evaluar la efectividad de estos recursos internos, la Corte analiza si las decisiones tomadas por la justicia administrativa contribuyeron efectivamente a: a) poner fin a la impunidad, b) asegurar la no repetición de los actos lesivos, c) garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.[51]

IV.2.2. Aspecto sustancial de la controversia en casos de responsabilidad internacional estatal por violación de los arts. 8.1 y 25 de la CADH

La Corte indicó que al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículo 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con las violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos del caso, si no si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme los estándares previstos en la Convención Americana.[52]

IV.2.3. La indemnización pecuniaria no suple otro tipo de reparaciones

Inicia el estudio de las limitaciones de la reparación pecuniaria recordando dos casos de la Corte Europea de Derechos Humanos que hicieron referencia a los alcances de la responsabilidad civil en relación con las exigencias de la protección

---

[51] Caso "Masacre de Mapiripán", párr. 210; caso "Masacre de Pueblo Bello", párr. 206; caso "Masacre de Ituango", párr. 338 y caso "Masacre de la Rochela", párr. 217.

[52] Caso "Masacre de Mapiripán", párr. 211; caso "Masacre de Pueblo Bello", párr. 206; caso "Masacre de Ituango", párr. 339; caso "Masacre de la Rochela", párr. 218.

internacional. Dijo entonces que: "en el caso *Yasa versus Turquía,* y consideró que "una acción administrativa […] es un recurso que se basa en la responsabilidad objetiva del Estado, en particular por actos ilícitos de sus agentes, cuya identificación no es, por definición, un prerequisito para promover una acción de esta naturaleza. Sin embargo, las investigaciones que los Estados Partes están obligados […] a llevar a cabo en casos de agresión mortal deben ser capaces de de conducir a la identificación y castigo de los responsables […]. Tal obligación no puede ser satisfecha mediante una simple indemnización de daños […]. De otra manera, […] la obligación del Estado de identificar a los responsables de la agresión mortal podría desvanecerse" (traducción de la Secretaría)". Agregó que "En el mismo sentido, en el caso *Kaya versus Turquía* la Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la violación de un derecho protegido por la Convención no podía ser remediada exclusivamente por el establecimiento de la responsabilidad civil y el correspondiente pago de compensación a los familiares de la víctima."[53]

Luego de repasar tales precedentes del tribunal europeo, la Corte Interamericana estimó que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima.[54]

IV.2.4. Reparación interna estructuralmente parcial o incompleta

Destaca, como un aspecto negativo de la jurisdicción, que tanto las sentencias como los acuerdos conciliatorios no contienen aspectos relativos a la rehabilitación, la verdad, la justicia, el rescate de la memoria histórica, como tampoco medidas de garantía de no repetición.[55]

---

[53] Caso "Masacre de Mapiripán", párr. 212 y 213; caso "Masacre de Pueblo Bello", párr. 207 y 208; caso "Masacre de Ituango", párr. 339 y 341; caso "Masacre de la Rochela", párr. 216 y 219.

[54] Caso "Masacre de Mapiripán", párr. 214.

[55] Caso "Masacre de Ituango", párr. 337.

Así, según el tribunal, una reparación adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición. Recursos como la acción de reparación directa o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando está de por medio un acto administrativo que pueda producir daños, tiene unos alcances mínimos y unas condiciones de acceso no apropiadas para los fines de reparación que la Convención Americana establece[56].

Afirma que, en cuanto a los alcances de la sentencia, la jurisdicción contencioso administrativa no puede más que, una vez advertido el daño, decretar la indemnización económica como fórmula única de reparación[57].

IV.2.5. El deber Estatal de reparar de oficio y la jurisdicción contencioso administrativa

Dijo la Corte que en casos de violaciones de derechos humanos el deber de reparar es uno propio del Estado, por lo que si bien las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades también en la búsqueda de una justa compensación, este deber no puede descansar exclusivamente en su iniciativa procesal o en la aportación privada de elementos probatorios.[58]

Amplió esta cuestión afirmando que otros límites a un verdadero acceso a la justicia en el caso de la acción de reparación directa es que ésta es de naturaleza rogada, es decir debe ser presentada por medio de abogado, los términos ineluctables de caducidad son dos años, así como la falta de tribunales contencioso administrativos en todas las áreas geográficas del país[59].

---

[56] Caso "Masacre de Ituango", párr. 341.

[57] Caso "Masacre de Ituango", párr. 341.

[58] Caso "Masacre de Pueblo Bello", párr. 209; caso "Masacre de Ituango", párr. 340 y 342; caso "Masacre de la Rochela", párr. 220.

[59] Caso "Masacre de Ituango", párr. 342.

IV.2.6. Manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos consagrados en la Convención

La Corte observó que las decisiones adoptadas por los tribunales contencioso administrativos no contienen una manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos como la vida y la integridad personal, entre otros derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.[60]

Amplía el Tribunal indicando que es la producción de un daño antijurídico y no la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de estándares y obligaciones en materia de derecho humanos lo que decreta en su sentencia una autoridad judicial en lo contencioso administrativo[61].

IV.2.7. Morosidad y congestiones procesales

Afirmó el tribunal en una de las causas que los dos peritos que comparecieron ante la Corte coincidieron en destacar las limitaciones dadas por la morosidad y congestiones procesales en el proceso contencioso administrativo[62]. El perito por el Estado señaló que en primera instancia un trámite podría durar en promedio de 3 a 5 años y en segunda instancia de 4 a 8 años.

IV.2.8. Complementación reparatoria de sentencia de la Corte IDH

Desde el caso "Masacre de Mapiripán", la Corte sostuvo que "valora alguno de los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial, los cuales tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes, a condición de que lo resuelto en

---

[60] Caso "Masacre de Ituango", párr. 341; caso "Masacre de la Rochela", párr. 216.

[61] Caso "Masacre de La Rochela", párr. 221.

[62] Caso "Masacre de Ituango", intervención de los peritos Rodrigo Uprimny Yepes y Hernando torres Corredor, ya analizada en detalle ut supra.

esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso"[63].

IV.2.9. El proceso Contencioso Administrativo no constituye per se un recurso efectivo y adecuado de reparación

Esta conclusión, que se va a repetir en los precedentes de la etapa en análisis, fue expuesta por la Corte por primera vez en el caso de la "Masacre de Pueblo Bello", donde sostuvo que "en los términos de la obligación de reparación que surge como consecuencia de una violación de la Convención, el proceso contencioso administrativo no constituye per se un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esa violación".[64]

IV.2.10. Declaración sobre la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos

A partir del dictado de sentencia en el caso de la Masacre de Pueblo Bello la Corte concluyó que los procesos y procedimientos internos no han constituido, ni individualmente ni en conjunto, recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia, la determinación del paradero de las personas desaparecidas y de toda la verdad de los hechos, la investigación y sanción de los responsables y –lo que aquí interesa– la reparación de las consecuencias de las violaciones. Entendemos que al referirse a esta última cuestión el tribunal está incluyendo en los procesos internos valorados a las acciones de reparación directa en trámite ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Así, en los casos en estudio la Corte interamericana resolvió que el Estado es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma.[65]

---

[63] Caso "Masacre de Mapiripán", párr. 214; caso "Masacre de Ituango", parr. 335, 339 y 343; caso "Masacre de la Rochela", párr. 219 y 222; caso "Valle Jaramillo", párr. 167.

[64] Caso "Masacre de Pueblo Bello", párr. 209; caso "Masacre de Ituango", párr. 340; caso "Masacre de la Rochela", párr. 220; caso "Valle Jaramillo", párr. 167.

[65] Caso "Masacre de Pueblo Bello", párr. 212; caso "Masacre de Ituango", párr. 344; caso "Masacre de la Rochela", párr. 225; caso Valle Jaramillo, párr.. 168 y 169.

IV.2.11. Conciliación en la jurisdicción contencioso administrativa

Sobre los casos contencioso administrativos en que las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio, el tribunal tuvo oportunidad de manifestarse en dos de sus precedentes.[66]

Así, en el caso de la Masacre de Ituango sostuvo que "Además, ha sido demostrado que se celebraron audiencias de conciliación entre algunos de los demandantes ante la jurisdicción contencioso administrativa y el Estado, en las cuales se acordaron cuantías en relación con los daños producidos por la acción u omisión de sus agentes. Este Tribunal las tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes (infra párr. 376). Sin embargo, la Corte observa que las actas de conciliación suscritas no contienen una manifestación de responsabilidad estatal por la violación de derechos como la vida y la integridad personal, entre otros, que están consignados en la Convención. De igual manera, no contiene aspectos relativos a la rehabilitación, la verdad, la justicia, el rescate de la memoria histórica, como tampoco medidas de garantía de no repetición."[67]

IV. 3. Tercera etapa jurisprudencial: Valoración, revisión y complementación de lo resuelto en la Jurisdicción Contencioso Administrativa[68]

La tercera y última etapa la ubicamos en los criterios expuestos por la Corte IDH en los siguientes casos: Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. 26/05/10, b) Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. 30/11/12, y c) Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. 14/11/14.

---

[66] Caso "Masacre de Ituango", párr.. 337; caso "Valle Jaramillo", párr.. 167.

[67] Párr. 337.

[68] Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. 26/05/10; Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia.30/11/12; Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. 14/11/14.

IV.3.1. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia (26/05/10)

Los hechos del caso se refieren a la ejecución extrajudicial del entonces Senador Manuel Cepeda Vargas perpetrada el 9 de agosto de 1994 en la ciudad de Bogotá, así como a la alegada falta de debida diligencia en la investigación y sanción de todos los responsables, obstrucción de justicia y la falta de reparación adecuada a favor de los familiares. El Senador Cepeda Vargas era comunicador social y líder del Partido Comunista Colombiano y del partido político Unión Patriótica. Se alegó que su ejecución se enmarcó en un patrón sistemático de violencia contra los miembros de la UP y del PCC y que fue perpetrada mediante la supuesta coordinación operativa entre miembros del Ejército y grupos paramilitares, a través del llamado "plan golpe de gracia".

En el caso "Cepeda Vargas" la Corte reiteró su doctrina anterior y al ingresar al estudio del acceso a la justicia ante los tribunales contencioso administrativos, si bien concluyó que "no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos", también sostuvo que "de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación, esos procedimientos y resultados pueden ser valorados (*supra* párr. 139). Si esos mecanismos no satisfacen criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos reconocidos en la Convención declaradas por este Tribunal, corresponde a éste, en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, disponer las reparaciones pertinentes. En este sentido, ha sido establecido que los familiares del Senador Cepeda Vargas tuvieron acceso a los tribunales contencioso administrativos, los que determinaron una indemnización por pérdida de ingresos con criterios objetivos y razonables. En consecuencia, la Corte valora positivamente lo actuado por los tribunales internos en este caso[69] y estima que lo fijado en esas instancias es razonable en los términos de su jurisprudencia".

[69] *Cfr. Caso de la Masacre de La Rochela, supra* nota 16, párr. 245.

IV.3.2. Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia (30/11/12)

Los hechos del caso sucedieron el 12 de diciembre de 1998, mientras se llevaba a cabo en la vereda de Santo Domingo un "bazar" en el marco del cual se realizaron diversas actividades deportivas, las Fuerzas Armadas de Colombia y la guerrilla protagonizaron enfrentamientos, luego de que una avioneta aterrizara sobre la carretera que conduce de la vereda de Santo Domingo a Panamá de Arauca con dinero o armas para actividades de narcotráfico. En el marco de esos hechos, las Fuerzas Armadas planearon una operación militar aerotransportada que se prolongó por varios días y en la cual también participó el Ejército Nacional. En ese contexto, el 13 de diciembre de 1998, varias aeronaves sobrevolaban los alrededores de Santo Domingo en horas de la mañana y la tripulación de un helicóptero de la Fuerza Aérea Colombiana lanzó un dispositivo compuesto por seis granadas sobre la calle principal de Santo Domingo, provocando la muerte de 17 personas, de las cuales seis eran niños y niñas, e hiriendo a otras 27 personas, entre ellas 10 niñas y niños.

Al resolver el caso de la "Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia" la Corte reiteró que los tribunales contencioso administrativos están llamados a establecer todos los alcances de la responsabilidad estatal[70], agregando que: "el proceso

[70] Párrafo Nº 37: "En el caso Cepeda Vargas Vs. Colombia, relativo a la responsabilidad del Estado por una ejecución extrajudicial, la Corte analizó si los recursos contencioso-administrativos habían contribuido efectivamente a determinar los alcances de la responsabilidad estatal y a asegurar la no repetición de los actos lesivos, considerando, en particular, que lo decidido en esa vía "puede ser relevante en lo que concierne a la obligación de reparar integralmente una violación de derechos" . Así, en el fondo de ese caso la Corte destacó que los tribunales contencioso administrativos no establecieron todos los alcances de la responsabilidad estatal, aun cuando estaban llamados a hacerlo. Luego, en el capítulo de reparaciones de ese caso, y en atención a que una reparación integral y adecuada no puede ser reducida al pago de compensación a las víctimas o sus familiares (pues según el caso son además necesarias medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición), la Corte tomó en cuenta las indemnizaciones otorgadas en dichos procesos, considerando que "de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación [que satisfagan]

contencioso administrativo puede ser relevante en la calificación y definición de determinados aspectos o alcances de la responsabilidad estatal, así como en la satisfacción de ciertas pretensiones en el marco de una reparación integral. Por ello, lo decidido a nivel interno en esa jurisdicción puede ser tomado en cuenta al momento de valorar las solicitudes de reparaciones en un caso ante el Sistema Interamericano, pues las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades en la búsqueda de una justa compensación. Sin embargo, la vía contencioso-administrativa será relevante en casos en que haya sido efectivamente intentada por personas afectadas por violaciones a sus derechos o por sus familiares. Es decir, no es un recurso que necesariamente deba ser siempre agotado, por lo que no inhibe la competencia de la Corte para conocer del presente caso. Sin perjuicio de ello, la Corte tomará en cuenta, en lo pertinente, los alcances y resultados de esa vía judicial en la determinación completa y adecuada de la responsabilidad estatal, así como en lo que corresponde a la fijación de una reparación integral a favor de las presuntas víctimas. Tales apreciaciones y valoraciones deben realizarse en atención a las **circunstancias de cada caso específico**, según la **naturaleza del derecho** que se alega violado y de las pretensiones de quien lo ha incoado."

En lo concerniente al proceso contencioso administrativo, además de ser relevante para efectos de reparaciones, la Corte considera que en este caso puede ser valorado positivamente, pues ya ha establecido la responsabilidad del Estado. Amplía afirmando que "Mediante sentencia de 20 de mayo de 2004 el Tribunal Contencioso Administrativo de Arauca declaró al Estado colombiano administrativamente responsable por los

---

criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar adecuadamente las violaciones de derechos declaradas", tales procedimientos y sus resultados "pueden ser valorados". No obstante, si esos mecanismos no satisfacen tales criterios, corresponde a la Corte, en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, disponer las reparaciones pertinentes."

hechos. El título de imputación sobre el que se fundó la decisión fue falla de servicio."[71]

Jorge Ernesto Roa Roa, en comentario a la sentencia en el caso "masacre de Santo Domingo", dedicó un punto a la interacción entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Contencioso Administrativos de Colombia, quien analiza este vínculo de la siguiente forma:

> "1. Los tribunales contencioso-administrativos superaron la fase de utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH como una simple referencia al derecho internacional para respaldar una de sus propias tesis (a fortiori) o para ilustrar una opción plausible en la lejana jurisprudencia internacional pero descartada en esa sede judicial (ad exemplum) y avanzaron hacia un escenario de comunicación judicial en el que reconocen la existencia de una obligación constitucional de tener en cuenta la jurisprudencia internacional (ex lege) y la autoridad de ese tribunal como interlocutor válido que tiene algo que decir en los procesos de reparación directa (ad autoritatis).
>
> 2. Esta respuesta concreta de los tribunales nacionales obedece al constante desafío planteado por la jurisprudencia de la Corte IDH que demostró la insuficiencia de los criterios tradicionales que aplicaban los jueces internos para la reparación de las violaciones a los Derechos Humanos.
>
> 3. Este caso demuestra la existencia de una situación de compatibilidad, que no de conformidad, entre los criterios de indemnización utilizados por la Corte IDH y los tribunales contencioso administrativos que conocieron, en el ámbito interno, de los procesos de reparación directa por la masacre de Santo Domingo.
>
> 4. El resultado positivo del diálogo ha sido una síntesis de carácter comprensivo en la que los tribunales contenciosos aplican los criterios de la Corte IDH para reparar las violaciones a los derechos humanos y, el tribunal

[71] Párr. 168.

> interamericano reconoce la validez de esas decisiones judiciales, incluso al nivel de prescindir de decretar pagos adicionales cuando estos ya se efectuaron en el ámbito interno"[72]

IV. 3. 3. Caso Rodríguez Vera y Otro (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia (14/11/14)

Los hechos del caso se enmarcan en los sucesos conocidos como la toma y la retoma del Palacio de Justicia, ocurridos en la ciudad de Bogotá los días 6 y 7 de noviembre de 1985. En las referidas fechas, el grupo guerrillero M-19 tomó violentamente las instalaciones del Palacio de Justicia, donde tenían su sede la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado colombiano, tomando como rehenes a cientos de personas entre magistrados, magistrados auxiliares, abogados, empleados administrativos y de servicios, así como visitantes de ambas corporaciones judiciales. Ante dicha acción armada de la guerrilla, conocida como la "toma del Palacio de Justicia", la respuesta de las fuerzas de seguridad del Estado es conocida como la "retoma del Palacio de Justicia". Dicha operación militar ha sido calificada, por tribunales internos y por la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, como desproporcionada y excesiva. Como consecuencia de estos hechos, resultaron muertas y heridas centenas de personas.

Finalmente, en este caso, la Corte reitero que el proceso contencioso administrativo puede ser relevante en la calificación y definición d determinados aspecto o alcances de la responsabilidad estatal, así como en la satisfacción de ciertas pretensiones en el marco de una reparación integral.

Agregó –a lo ya dicho en los otros casos aquí estudiados– que "la jurisdicción contenciosa administrativa permite un acceso

---

[72] Roa Roa, Jorge Ernesto, Derecho Internacional Humanitario, Jurisdicción Penal Militar y Responsabilidad del Estado por violación de los Derechos Humanos. Un comentario a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, R.V.A.P. núm. 95 Enero-Abril 2013, p.149-164, ISSN:0211-9560.

más expedito a reparaciones por el daño causado. Por ello lo decidido a nivel interno en esa jurisdicción puede ser tomado en cuenta al momento de valorar las solicitudes de reparaciones en un caso ante el sistema interamericano, pues las víctimas o sus familiares deben tener amplias oportunidades en la búsqueda de una justa compensación."

Nuevamente aclara que la vía contenciosa administrativa sólo será relevante en casos en que haya sido efectivamente intentada por personas afectadas por violaciones a sus derechos o por sus familiares, por lo que no es un recurso que necesariamente deba ser siempre agotado.

V. Conclusiones: Criterios para un proceso reparatorio interno efectivo

En el presente trabajo exploratorio intentamos acercarnos a la jurisprudencia del máximo tribunal interamericano en materia de derechos humanos en busca de pautas, criterios y estándares para poder evaluar las respuestas que en nuestro país brinda la justicia contencioso administrativa federal y provinciales en materia de responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, siempre que la víctima sea una personas física y no jurídica.

Si bien el mayor desarrollo de los precedentes del sistema interamericano refieren a la función judicial interna en materia de derecho penal y disciplinario, los casos colombianos a los que nos acercamos pueden brindar una guía para repensar los alcances y limitaciones de la justicia contencioso administrativa en materia indemnizatoria por responsabilidad pública.

Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

James Vértiz Medina

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346

I. Hechos. El caso versa sobre la violación del derecho a la propiedad colectiva del pueblo indígena Xucuru como consecuencia de la alegada demora de más de 16 años en el proceso administrativo de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de sus tierras y territorios ancestrales; y en la demora en su saneamiento total de manera de poder ejercer pacíficamente tal derecho. Asimismo, se relaciona con la presunta violación a las garantías judiciales y a la protección judicial, como consecuencia del alegado incumplimiento del plazo razonable en el proceso administrativo respectivo, así como la demora en resolver acciones civiles iniciadas por personas no indígenas con relación a parte de las tierras y territorios ancestrales del pueblo indígena Xucuru.

II. Fondo. En este caso, la Corte Interamericana destacó que el artículo 21 de la Convención Americana protege la estrecha vinculación que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con sus recursos naturales y los elementos incorporales que se desprendan de ellos, y que entre los pueblos indígenas y tribales existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Que tales nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Corte ha establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención

Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición a estos colectivos. Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

Asimismo recordó su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual se indica inter alia que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos

naturales. Con respecto a lo señalado, la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra.

En esta sintonía resaltó que la falta de una delimitación y demarcación efectiva por el Estado de los límites del territorio sobre los cuales existe un derecho de propiedad colectiva de un pueblo indígena puede crear un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de los pueblos referidos en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad colectiva y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes.

También enfatizó que en atención al principio de seguridad jurídica, es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas a través de la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica, y que, el reconocimiento de los derechos de propiedad colectiva indígena debe garantizarse a través del otorgamiento de un título de propiedad formal, u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado. Un reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece de sentido si no se establece, delimita y demarca físicamente la propiedad.

En tal sentido, indicó que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, o cuando el derecho a la propiedad colectiva indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho

de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro, sin que la limitación a este último, implique la denegación de su subsistencia como pueblo. Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado, sin discriminación alguna y tomando en cuenta la relación especial que los pueblos indígenas tienen con sus tierras. No obstante, la Corte hizo una distinción entre la ponderación de derechos que en ocasiones resultará necesaria durante un proceso de reconocimiento, demarcación y titulación de los derechos territoriales de los pueblos interesados; y el proceso de saneamiento. Éste último normalmente requerirá que los derechos de propiedad colectiva ya hayan sido definidos.

III. Reparaciones. Entre otras medidas le ordenó al Estado de Brasil garantizar de manera inmediata y efectiva el derecho de propiedad colectiva del Pueblo Indígena Xucuru sobre su territorio, de modo que no sufran ninguna intrusión, interferencia o afectación por parte de terceros o agentes del Estado que puedan menoscabar la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; concluir el proceso de saneamiento del territorio indígena Xucuru, con extrema diligencia, realizar los pagos de indemnizaciones por mejoras de buena fe pendientes y remover cualquier tipo de obstáculo o interferencia sobre el territorio en cuestión, de modo a garantizar el dominio pleno y efectivo del Pueblo Xucuru sobre su territorio en el plazo no mayor a 18 meses.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344

I. Hechos. El caso se refiere a la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de 84 trabajadores de Petroperú, 39 trabajadores del Ministerio de Educación, 15 trabajadores del Ministerio de Economía y Finanzas y 25 trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos, como consecuencia de la falta de respuesta judicial adecuada y

efectiva frente a sus ceses colectivos, ocurridos entre los años de 1996 y 1998, en el marco de los procesos de racionalización del personal ocurridos en las entidades públicas en las que trabajaban en la década de los noventa.

II. Fondo. El Tribunal de San José inició su examen sobre el fondo señalando que, los trabajadores cesados de Petroperú, Minedu, MEF, y Enapu se encontraban en situación similar a la de las víctimas de los casos Aguado Alfaro y otros y Canales Huapaya y otros, de modo que en ese sentido, consideró, en lo pertinente, la aplicabilidad de estos precedentes para analizar los hechos del presente caso.

En el asunto examinado concluyó que resultaron violados, entre otros, el derecho a la garantías judiciales y a la protección judicial debido a que las acciones de amparo presentadas por los trabajadores se enmarcaron en un contexto de falta de independencia e imparcialidad de los miembros del Tribunal Constitucional, que a ese entonces, se encontraba conformado por cuatro magistrados, debido a que el Congreso destituyó a los otros tres titulares de la más alta instancia de la jurisdicción; por la falta de motivación adecuada de una sentencia; así como por la falta de revisión judicial suficiente de un recurso interpuesto.

Por otro lado, en lo que respecta a la alegada violación al derecho al trabajo, la Corte reiteró y trascribió sus consideraciones vertidas en su precedente en el caso Lagos del Campo Vs. Perú, en el cual afirmó su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana. En ese sentido, determinó que el derecho al trabajo incluye el derecho a garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. En consecuencia, concluyó que, dado que los trabajadores de Petroperú, Enapu, Minedu y MEF no gozaron de acceso a un recurso judicial efectivo para cuestionar la irregularidad de sus ceses, también se configuró una violación del artículo 26 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

III. Reparaciones. La Corte estableció, entre otras medidas de reparación, el pago de indemnizaciones compensatorias en concepto de lucro cesante y daño moral a favor de las víctimas. Empero, no hizo lugar al pedido de reincorporación o reposición de los trabajadores en sus antiguos cargos o en otros análogos, justificando su decisión en los diversos niveles de complejidad y operatividad que implica el transcurso de aproximadamente 25 años de los ceses laborales ocurridos en el presente caso.

Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341

I. Hechos. El caso se relaciona con las desapariciones forzadas de 14 persona y por la presunta ejecución extrajudicial de otra persona por miembros del grupo de autodefensas campesinas en cooperación con integrantes del ejército colombiano, ocurridas en la Vereda La Esperanza, municipio de El Carmen de Viboral, Departamento de Antioquia, entre el 21 de junio y el 27 de diciembre de 1996, así como también por la falta de garantía en el acceso a la justicia de las presuntas víctimas en el marco del proceso penal ordinario y ante la jurisdicción especial de Justicia y Paz por los hechos del presente caso.

II. Fondo. En el caso bajo examen el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional. Al tratar sobre la violación del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial se alegó la responsabilidad del Estado por una demora prolongada de más de doce años en las investigaciones desarrolladas en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción especial de Justicia y Paz. Al respecto la Corte señaló que el tiempo que han tomado ambos procesos se debe a la extrema complejidad que reviste el mismo y considera que el caso sub examine se encuentra enmarcado en el ámbito de un proceso de desmovilización masivo de miembros de grupos armados que se traduce en una importante cantidad de actuaciones judiciales referidas a miles de hechos delictivos y de víctimas que deben

ser investigados simultáneamente por las autoridades judiciales, de modo que no encontró vulnerado la garantía judicial del plazo razonable.

En lo que se refiere a la presunta violación al derecho a la verdad, el Tribunal Interamericano destacó que toda persona, incluyendo los familiares de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. Por lo tanto, los familiares de las víctimas y la sociedad deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Asimismo añadió que, si bien el derecho a conocer la verdad se ha enmarcado fundamentalmente en el derecho de acceso a la justicia, lo cierto es que este derecho a la verdad tiene autonomía ya que aquel tiene una naturaleza amplia y su vulneración puede afectar distintos derechos contenidos en la Convención Americana, dependiendo del contexto y circunstancias particulares del caso. Por último, invocando su jurisprudencia consideró que, en particular en casos de desaparición forzada, el derecho a conocer el paradero de las víctimas desaparecidas constituye un componente esencial del derecho a conocer la verdad.

Respecto de la utilización del mecanismo de racionalización de la acción penal denominado "priorización" recordó que el mismo se encuentra en concordancia con lo establecido por distintas entidades internacionales y que en el presente caso no cabe duda que los criterios de priorización utilizados fueron claros. Además, reiteró que no era un órgano de cuarta instancia y que no le corresponde pronunciarse sobre la idoneidad de determinado mecanismo de priorización establecido a nivel nacional con relación a otro.

III. Reparaciones. En materia reparatoria la Corte concluyó que para que no resulte procedente ordenar reparaciones adicionales a las ya otorgadas en el ámbito interno, es insuficiente que el Estado reconozca que estas ya han sido otorgadas, o que pueden ser otorgadas, a través de los recursos administrativos o judiciales disponibles a nivel interno, sino que, adicionalmente,

debe evaluarse si efectivamente reparó las consecuencias de la medida o situación que configuró la vulneración de derechos humanos en un caso concreto, si estas reparaciones son adecuadas, o si existen garantías de que los mecanismos de reparación interna son suficientes. Entre otras medidas ordenó al Estado continuar con las investigaciones y procesos judiciales en curso que correspondan y levantar un monumento en la memoria de las personas desaparecidas y de la ejecutada así como otorgar becas para realizar estudios en una universidad pública a los hijos de las víctimas que así lo soliciten.

Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Juan Francisco Díaz

La Corte Suprema consideró que se cumple con la Corte Interamericana al dejar asentada su decisión en una sentencia nacional

El máximo tribunal del país, a través de la Resolución 4015/17, volvió a pronunciarse en una derivación del caso "Fontevechia". La Corte consideró que asentando en la sentencia nacional que aquella fue declarada incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos se cumple con el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reafirmó, además que una medida como la sugerida no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional.

La Corte Suprema confirmó la prisión preventiva de Milagros Sala y descartó la posibilidad de que posea inmunidad de arresto

En el primero de los pronunciamientos, por unanimidad, rechazó que Milagro Sala posea inmunidad de arresto como parlamentaria del Mercosur, declarando inconstitucional el artículo 16 de la ley 27.120 en la medida en que asimila a los parlamentarios del Mercosur, que representen a la ciudadanía argentina, a los diputados nacionales en materia de inmunidades parlamentarias. (*CSJN "Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/p.s.a. asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión", 5 de diciembre de 2017*)

El segundo pronunciamientos decidió por unanimidad confirmar la prisión preventiva de Milagro Sala. Los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y Rosatti ordenaron que se cumpla con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, requirió a las autoridades judiciales a cuya disposición está detenida para que, con urgencia, se cumpla con la decisión dictada por la CIDH que resolvió que debe sustituirse la prisión preventiva por la medida alternativa de arresto domiciliario o por cualquier otra medida menos restrictiva. (*CSJN "Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/p.s.a. asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión", 5 de diciembre de 2017*)

Salta no puede dar educación religiosa en las escuelas públicas

En coincidencia con lo dictaminado por la Procuración General, en un voto en mayoría, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial de educación, que incluye la enseñanza religiosa en los planes de estudio, que se imparte dentro de los horarios de clase, por considerar que la enseñanza de un solo culto es discriminatorio y afecta la privacidad de los alumno. El juez Horacio Rosatti en minoría sostuvo que la ley provincial es constitucional toda vez que constituye una elección que expresa el 'margen de apreciación provincial' para implementar la competencia educativa reconocida por el art. 5 de la Constitución Nacional. (*CSJN "Castillo, Cárina Viviana y otros c/Provincia de Salta-Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo", 12 de diciembre de 2017*)

La Corte Suprema cerró la causa Papel Prensa

Así lo hizo el máximo tribunal, con voto de Lorenzetti, Highton, Maqueda y Rosatti, al utilizar la facultad que le da el artículo 280 del Código Procesal para rechazar un recurso sin dar fundamentos. De esta forma concluye la causa por la presunta apropiación ilegal de Papel Prensa al confirmar los sobreseimientos de Héctor Magnetto, CEO del Grupo Clarín, y de Bartolomé Mitre, directivo del diario La Nación. (*CSJN "Recurso de hecho deducido por Lidia Elba Papaleo en la causa Magnetto, Héctor y otro s/delito de acción pública", 26 de diciembre de 2017*)

La Corte dejó sin efecto la condena por daños a una persona en un evento gratuito organizado por la Comunidad Homosexual Argentina

El máximo tribunal se apartó de la aplicación de la doctrina del caso "Mosca", entendiendo que no resulta aplicable al presente caso toda vez que la situación del organizador de un espectáculo deportivo que persigue un fin de lucro no puede compararse con la de una asociación civil que realiza una actividad de interés general. El Dr. Maqueda, destacó que no debe dejar de ponderarse que la responsabilidad atribuida a asociaciones como la demandada por su sola condición de organizadora de una actividad a realizarse en un espacio público, podría comprometer el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión consagrados; mientras que el juez Lorenzetti resaltó que en el caso no se trata de una relación de consumo (art. 2 LCD y 1092 CCC), y que si se confirmara la sentencia se reducirían los incentivos para la organización de eventos públicos por parte de entidades sin fines de lucro, lo que también podría predicarse respecto del Estado. (*CSJN "Recurso de hecho deducido porla Comunidad Homosexual Argentina en la causa Arregui, Diego Maximiliano c/Estado Nacional- PFA- Y otros s/daños y perjuicios", 26 de diciembre de 2017*)

Es discriminatorio el despido por pedir un aumento salarial

Así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con los votos de los Jueces Highton de Nolasco, Maqueda y Rosatti, al revocar dos fallos del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba que habían rechazado reclamos de indemnización especial por despido discriminatorio de dos trabajadores de la cadena de supermercados "Libertad" que fueron despedidos luego de presentar una nota a su empleadora para que evaluara la posibilidad de otorgar un aumento salarial. (*CSJN "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Farrell, Ricardo Domingo c/Libertad S.A. s/despido", 6 de febrero de 2018*)

La Corte se expidió sobre la estabilidad de los representantes sindicales

La Corte Suprema de Justicia, con voto de los jueces Lorenzetti, Highton, Maqueda y el voto concurrente de Rosatti, sostuvo que los representantes sindicales solo pueden ser privados de estabilidad laboral si el empleador demuestra en forma previa y judicialmente causas válidas de suspensión o despido. La decisión de los magistrados revocó una sentencia que había privado a un docente universitario de la garantía legal de estabilidad en el puesto de trabajo que ampara a los representantes sindicales. (*CSJN "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Universidad Nacional de Rosario c/Calarota, Luis Raúl s/exclusión de tutela sindical", 15 de febrero de 2018*)

Acceso a la justicia en procesos colectivos
Consideraciones a propósito del fallo "CEPIS"

Juan Pablo Martorelli

I. Introducción

El Máximo Tribunal de la Nación dictó sentencia de mérito en los autos, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo"[1], confirmando parcialmente la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que en fecha 7 de julio de 2016 había anulado las resoluciones Nº 28/2016 y 31/2016 que establecieron un nuevo régimen tarifario para el servicio de gas natural en la República Argentina.

De ese modo para arribar a la decisión, la Corte, dividió la clase de usuarios originaria entre "residenciales" y "no residenciales", diferenciándolos en función de la diversa situación que enfrentan unos y otros respecto al uso que le dan al servicio. En este sentido los usuarios residenciales estarían bajo el resguardo de prerrogativas básicas de la vida, impostergables e insustituibles, mientras que el otro grupo es conformado por los que pueden trasladar su costo a la producción o servicio que presten. Sin embargo hay un sin número de ejemplos que no encuadran exactamente en estos dos subgrupos. El Tribunal de este modo recorta el universo de sujetos involucrados capaces de *acceder a la justicia* en el marco de un proceso colectivo de derechos de consumo. Tal diferenciación parece carecer de sentido, tanto práctico como jurídico.

En el mismo sub examine el Máximo Tribunal, dedicó un párrafo relevante al final de su fallo, instando al Congreso

[1] CSJN, "CEPIS", Expte. Nº FLP 8399/2016/CS1. La resolución está fechada el 18 de agosto de 2016 y puede consultarse en extenso en www.csjn.gov.ar

Nacional a cubrir el cargo aún vacante del Defensor del Pueblo de la Nación, considerando que dicha circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios.

En este trabajo me propongo abordar la temática del acceso a la justicia de la clase originaria en los procesos en clave colectiva, teniendo en vista la reciente decisión de la Suprema Corte, con el objeto de poner de manifiesto las aristas que consideramos más relevantes, para finalizar con algunas notas a modo de cierre.

II. Acceso a la justicia en procesos colectivos. El Defensor del Pueblo en las Acciones Colectivas. Tutela diferenciada e incentivo a la litigación de Intereses Colectivos

1. Acceso a la justicia en procesos colectivos

En el modelo de Estado benefactor se ha procurado otorgarles a los individuos nuevos derechos como a los consumidores, inquilinos, trabajadores, etc, de ahí que el acceso a la justicia surja como el más importante de los derechos humanos, dentro de un moderno sistema de justicia y de un sistema legal igualitario que tenga por objeto garantizar el derecho de todos. Por tanto, el ¨acceso¨ no significa, únicamente, reconocer cada vez en mayor medida los derechos sociales fundamentales, sino que constituye la columna vertebral de todo el derecho procesal civil de hoy en día.[2]

El efectivo acceso está dado por procurar una igualdad de armas entre los litigantes que llegan al juicio ya que se pueden encontrar obstáculos que entorpecen a la igualdad de las partes que enfrentan un proceso judicial. Esos obstáculos pueden limitar de manera sustancial el *acceso a la justicia,* tal como a las costas del juicio, los juicios de menor cuantía, el tiempo, los intereses difusos, etc.

---

[2] Cappelletti, M. y Garth, B., *El acceso a la Justicia*, ed. Col. Abog. La Plata, 1983, p. 21.

Por tanto, el ¨acceso¨ no significa, únicamente, reconocer cada vez en mayor medida los derechos sociales fundamentales, sino que constituye la columna vertebral de todo derecho procesal civil de hoy en día.[3] Se garantiza así el acceso al sistema de justicia destinado al aseguramiento de derechos compartidos por la comunidad superándose barreras económicas o socioculturales. El "acceso a la justicia" implica la superación del costo que significaría demandar individualmente, evaluándose el beneficio que cada uno de los usuarios puede obtener de la sentencia dictada en el juicio colectivo.

Se observa un empoderamiento ciudadano para el control de los departamentos y poderes de gobierno en su desarrollo y desenvolvimiento, mediante la utilización de un litigio estratégico que conduzca a soluciones igualitarias, advirtiéndose que la presión social puede resultar potenciadora de conflictos que acarrean riesgos sobre la legitimidad del sistema republicano o de sus actos[4].

2. Los intereses difusos en el marco del Acceso a la Justicia

La cuestión de los intereses difusos o de incidencia colectiva –tales como la contaminación ambiental o defensa de consumidores– también se ha visto obstaculizados por distintos caracteres como la asistencia jurídica, problemas de legitimación y de acceso a la justicia. Autores como Augusto M. Morello, Jorge W. Peyrano y Roberto O. Berizonce indican que la tutela de los derechos del consumidor y usuario ha dado lugar a una "tutela procesal diferenciada". Esto da lugar a que se trate de equilibrar la situación procesal de las partes –respetando el principio constitucional de igualdad–, permitiendo que todos los consumidores y usuarios del servicio de justicia tengan acceso a los estrados judiciales en pos de una tutela efectiva de sus derechos.

---

[3] Cappelletti, M. y Garth, B., *Ob. Cit.* p. 23.

[4] Verbic, Francisco, "Procesos Colectivos", Ed. Astrea, 2007, pássim.

En un mismo sentido el profesor Eduardo Oteiza, luego de analizar el tratamiento brindado por la Corte a distintos conflictos colectivos, concluye: "Lo trascendente es el propósito de resguardar los derechos colectivos mediante reglas procesales que permitan a los jueces lograr la protección reclamada en un tiempo adecuado, con las debidas garantías y en forma eficaz. En ese sentido cabe señalar que ni la legislación vigente en materia de amparo ni los procesos regulados por el Código Procesal de la Nación, son las vías aptas para tutelar este tipo de derechos, debido al esquema formalista, sin inmediación, con un acentuado criterio escriturario, en tribunales sobrecargados de causas. De allí que resulte imprescindible propiciar las reformas legislativas que regulen un proceso de amparo colectivo acorde con los derechos a dilucidar"[5]

3. La ética de los vulnerables. El Defensor del Pueblo en las Acciones Colectivas. Tutela diferenciada e incentivo a la litigación de Intereses Colectivos

El siglo pasado se ha visto atravesado y transformado por la creación de tutelas jurídicas para lograr una mejor distribución y amparo de los más vulnerables. En el siglo XXI se ha identificado otro sujeto débil que es colectivo, que ya no son individuos, sino la propia naturaleza[6].

El propio Código Civil y Comercial de la Nación, recientemente puesto en vigencia, da cuenta del reconocimiento de una especial clase de sujetos que requieren, por su intrínseca condición de desaventajados, de una plus de tutela, que –reconocida constitucionalmente– cuente con los mecanismos necesarios para procurar su efectivización.

---

[5] Salgado, José María, con cita a Enrique Falcón y Eduardo Oteiza, en "El amparo como una verdadera tutela expedita y rápida" en Revista de Derecho Procesal, "Tutelas procesales diferenciadas", 2008-2, p. 201

[6] Lorenzetti, Ricardo L., Francisco y la ética de los vulnerables¨, *y puede consultarse en extenso en* www.infobae.com/2015/06/22/1736853.

La vulnerabilidad expresa la finitud y la fragilidad de la vida, se relaciona con la noción de dignidad y de derechos humanos. Los vulnerables son aquellos cuya autonomía, dignidad o integridad son susceptibles de ser amenazadas por la acción específica de otros individuos o de instituciones.

Este nuevo sujeto colectivo ha venido demandando la creación de nuevas tutelas judiciales que amparen los derechos que afectan no ya a cada individuo, sino a toda una clase, la comunidad en su conjunto.

La creciente cantidad de litigios colectivos han llevado a la aparición de nuevas figuras creadas por el mismo Estado para proteger y tutelar los derechos de la comunidad, tal es el caso del Defensor del Pueblo[7], y su legitimación procesal para actuar.

La actuación de este órgano estatal procura garantizar la *tutela judicial efectiva*[8] de sectores desprotegidos o que se encuentran muchas veces en condiciones asimétricas respecto de quienes afectan sus derechos. Como bien es sabido el Defensor del Pueblo[9] ha sido creado con un fin social, es un órgano

---

[7] Convención Nacional Constituyente, 13 Reunión - 30 Sesión Ordinaria (continuación), 20 de julio de 1994, pág. 1576); "…*a través* de *esta institución estamos haciendo un aporte a la* de*fensa* de *los intereses colectivos,* de *los derechos humanos* y de *las preocupaciones diarias* y *cotidianas* de *cada uno* de *nosotros...*" (Convencional Díaz Araujo).

[8] Tutela judicial efectiva significa derecho a hacer valer los propios derechos. El tradicional concepto de debido proceso legal ha desembocado, como subraya Berizonce, en algo más intenso, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende varias cosas: I) El libre e irrestricto acceso a la jurisdicción. II) El debido proceso, como oportunidad de ser oído y probar en contradictorio, en cualquier proceso, para la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter, en cuyo marco rigen en todas sus facetas e instancias las garantías de igualdad y bilateralidad. III) El derecho a obtener una sentencia intrínsecamente justa, sustentada en la verdad jurídico-objetiva, suficientemente motivada, exenta de excesivo rigor formal y dictada en un plazo razonable. Una sentencia que sea conclusión razonada del derecho vigente con particular arreglo a las circunstancias de la causa, o sea, no arbitraria. IV) El derecho de obtener la ejecución efectiva de esa sentencia, para remover la resistencia del obligado. V) La existencia de medidas cautelares, urgentes y anticipatorias necesarias, sea para asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia, sea como decisión provisional anticipada en el mérito.

[9] El Defensor del Pueblo que fue creado en 1993 Esta magistratura adquirió la máxima jerarquía normativa en la Constitución de Suecia de 1809 (aunque se originó antes) y se

independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actúa con plena autonomía funcional y sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Destacando este rasgo la Corte señaló que "e*l constituyente de 1994 otorgó rango constitucional a la figura y dotó a este funcionario estatal no gubernamental de autonomía funcional y administrativa, asignándole un rol institucional relevante en la defensa del orden público, social y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales (art. 86 de la Constitución Nacional)"*[10].

En lo que aquí resulta relevante, el tribunal cimero puso de manifiesto que –"*no puede dejar de señalarse que el cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional corno órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus artículos 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios. En las condiciones reseñadas, y habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 citado"*[11]– la figura tiene legitimación procesal, es decir que está facultada para presentarse en sede judicial a tenor de las previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional, arrogándose la representación de derechos o intereses de incidencia colectiva, que merecen una especial tutela, o una tutela diferenciada, debido a que de dicho modo se beneficia a la comunidad en su conjunto. A través de este

---

expandió, luego, entre los países escandinavos. Posteriormente, fue receptada, entre otros países, por España, en su Constitución de 1978 (Artículo 54). Ello fue decisivo para que la figura del Defensor del Pueblo fuera luego receptada por nuestro Derecho (Maiorano, Jorge Luis, trabajo publicado en el libro *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, "*El defensor del pueblo de la Nación: una nueva institución de la República", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 387 y sigs.).

[10] CSJN. *"Defensor del Pueblo de la Nación c/EN - MO de Planificación - resol. 1961/06 s/ proceso de conocimiento"* (Expte. Nº CSJ 154/2013)

[11] CSJN. Causa *"CEPIS"*, sentencia del 18 de agosto de 2016. Considerando Nº 45.

considerando la Corte hace un llamado de atención al Congreso de la Nación para que cubra el cargo de Defensor del Pueblo. Ya que la actuación de este órgano estatal procura garantizar la tutela judicial efectiva de sectores desprotegidos o que se encuentran muchas veces en condiciones asimétricas respecto de quienes afectan sus derechos.

Ello, en consonancia con la especial atención que el texto constitucional demuestra por la consecución de una igualdad real de oportunidades y de trato para todos los habitantes de la República Argentina (confr. art. 75, incs. 19, tercer párrafo y 23, primer párrafo).

Sin lugar a dudas, la decisión del Máximo Tribunal se enmarca en esta concepción, que reconoce a la litigación de interés público como una importante herramienta enderezada a la tutela de los más desaventajados y al defensor del pueblo como una figura enderezada a la representación adecuada de esos derechos colectivos.

III. Las acciones de clase y acceso a la justicia

1. Las acciones de clase

En palabras del autor Samuel Issachar, las acciones de clase existen en muy diferente modos de relación con la autoridad estatal, a veces como un antagonista directo de su ejercicio, en ocasiones como un aliado tácito o encubierto, y en otras oportunidades como algo independiente del involucramiento gubernamental. Examinadas en este marco, diversas acciones de clase recientemente resueltas permiten realizar algunas observaciones acerca de la economía política de acciones colectivas no estatales. Las acciones de clase se presentan de tres maneras diferentes ante dicho poder estatal: como un desafío directo al mismo, como un complemento y como un rival.[12]

[12] Issacharoff, Samuel. Traducción al español de Francisco Verbic. Título original: *"Class Actions and State Authority"*, Forthcoming, 44 Loy. U. Chi. L. J.

En esencia –según el citado autor– las acciones de clase son un dispositivo centralizador que permite sobrellevar diversos problemas relacionados con la acción colectiva. Esto resulta bien claro cuando la acción de clase se dirige a litigar pretensiones individualmente no recuperables; esto es, pretensiones en las cuales su potencial mérito legal no justifica los costos que insumiría perseguir un remedio judicial[13].

Las acciones de clase están limitadas por un acotado propósito, alcanzar la solución de un conjunto de pretensiones de personas sin relación previa, es una alianza temporal con beneficios mutuos pero sin continuidad institucional más allá del caso puntual.

La Corte Suprema insistió, en esta causa, la necesidad de dar cumplimiento de la normativa sobre las acciones de clase, establecida en sus precedentes anteriores. *"Que con particular referencia al tema sub examine, y frente a una análoga dispersión de procesos colectivos también iniciados con motivo de un pasado aumento de la tarifa de gas, esta Corte hizo saber a los magistrados ante quienes tramitaban esas causas que debían proceder a su inscripción en el Registro Público de Procesos Colectivos y adoptar las medidas necesarias a los efectos de evitar que la multiplicidad de procesos denunciada redundara en un dispendio de recursos materia les y humanos o en el dictado de sentencias contradictorias. También en esa oportunidad la Corte ordenó a los jueces intervinientes que debían unificar el trámite de las causas en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia, de manera tal de conjurar el peligro de que grupos de personas incluidas en un colectivo obtuviesen el beneficio de ciertas pretensiones y otras, que también lo integraban, resultasen excluidas (CSJ 4878/2014/CS1 "García, José y otros el PEN y otros s/amparo ley 16.986", del 10 de marzo de 2015)"*[14]. Éste considerando es una directiva y un llamado de atención a los jueces de las instancias inferiores para disminuir

---

[13] Issacharoff, Samuel, *Ob. Cit.* p.2 y 3.

[14] CSJN. Causa "CEPIS", sentencia del 18 de agosto de 2016. Considerando Nº38

la imposición de criterios contradictorios en el reconocimiento de la legitimación de los procesos colectivos.

La Corte fue al principio reticente a la hora de reconocer los alcances de la norma constitucional en materia jurisprudencial, manteniendo un criterio restrictivo con anterioridad a la reforma de 1994, pero que poco a poco ha ido cediendo y marcando una nueva tendencia hacia el reconocimiento de dicha legitimación. Hay una larga evolución en nuestro país en el reconocimiento de las acciones de clase a partir del caso "Halabi" y es imprescindible un cumplimiento estricto de los requisitos de certificación de la clase, y de la inscripción de la misma y así evitar situaciones que puedan poner en peligro el reconocimiento de los derechos y el debido proceso.

En algunos países la tensión entre autoridad estatal y empoderamiento colectivo que implican las acciones de clase se muestra en torno a los debates sobre si conferir legitimación para promover este tipo de procesos sólo a determinadas ONGs supervisadas por el Estado, tal como ocurre en las legislaciones de Brasil e Italia con los grupos de defensa del consumidor debidamente registrados[15].

Las acciones colectivas se presentan como una alternativa privada al accionar estatal –y deben ser confrontadas con el rol del Estado como principal garantizador de bienes públicos– como mecanismo de control de los poderes discrecionales de un Estado.

La anticipada finalidad de las acciones de clase previstas en la Regla 23(b)(2)[16] coloca a éstas en franca colisión con las elecciones políticas tomadas por la autoridad estatal democráticamente elegida. La clave para la Regla 23(b)(2) es que la

---

[15] Issacharoff, Samuel, *Ob. Cit.* p. 6

[16] Regla Federal de Procedimiento Civil 23(a)(b). Issacharoff, Samuel, *Ob.Cit.* p. 6 [Nota] Ver David Marcus, *Flawed But Noble: Desegregation Litigation and its Implications for the Modern Class Action* 63 FLA. L. REV. 657, 661 (argumentando que los autores de la Regla tuvieron especialmente en consideración los pleitos por segregación racial cuando establecieron el tratamiento obligatorio como acción de clase en el marco de la Regla 23(b)(2)).

clase se encuentre definida por la uniformidad del tratamiento brindado a todo el grupo afectado.

2. La división de la clase originaria. Consideraciones al fallo

En este marco, el fallo que motiva este trabajo, la Corte dividió la clase de usuarios originaria entre "residenciales" y "no residenciales", en función de la situación que enfrentan unos y otros respecto al uso que le dan al servicio de gas. Haciendo uso de las atribuciones conferidas por el artículo 16 de la ley 48 correspondía *"delimitar los alcances de la presente sentencia. En tal sentido, el Tribunal adelanta su conclusión respecto de que la decisión que aquí se adopta se limita —por las razones que se desarrollarán a continuación— exclusivamente a los usuarios residenciales del servicio"*[17].

Parece aquí estar afectado el principio de congruencia, ya que seguidamente al realizar el examen de procedencia, vio cumplimentados todos los requisitos –hecho único, efectos comunes, y que de no reconocerse la legitimación procesal podría comprometerse seriamente el acceso a la justicia de los integrantes del colectivo– "*Al respecto debe repararse en que las resoluciones impugnadas alcanzan a todo el colectivo definido en la demanda"*. Y a continuación sostiene "*que, por el contrario, el recaudo de estar comprometido seriamente el "acceso a la justicia" –cuyo cumplimiento, según se expresó en "Halabi" (Fallos: 332: 111), resulta ineludible para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos– no se encuentra cumplido respecto de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir"*[18].

Sobre tales premisas, la sentencia rechazó parcialmente la acción colectiva y dejó afuera de los beneficios de la decisión

---

[17] CSJN. Causa "CEPIS", sentencia del 18 de agosto de 2016. Considerando Nº10

[18] CSJN. Causa "CEPIS", sentencia del 18 de agosto de 2016. Considerando Nº11y 12

a gran parte del grupo (todos los usuarios "no residenciales") inicialmente representado por los legitimados colectivos[19].

En este sentido se ve que la acción resulta procedente en concordancia con el fallo Halabi, ya que la naturaleza de los derechos en pugna exceden, el interés individual de cada parte, poniendo en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto.

De todos modos, es necesario señalar que la Corte Suprema no realizó una división de la clase en los términos anotados, sino que mediante el uso de un cuestionable estándar, no previsto más que en su jurisprudencia, recortó su integración señalando que los usuarios no residenciales del servicio no podían demandar en clave colectiva dado que no se advertía que su derecho individual de acceso a la justicia estuviese cercenado. La afirmación carece de sustento probatorio en el caso y en la realidad, pues fácil será descubrir situaciones que no encajan en dicha tesis. Además, este enfoque presenta insalvables cuestionamientos en su validez constitucional y convencional (art.18 de la Constitución Nacional y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en tanto restringe el mínimo protectorio que específicamente prevé el art. 43, párrafo segundo de la Const. Nac., al no efectuar dicha distinción de orden restrictivo[20].

Por ello es que se encuentra vedado el acceso colectivo a la justicia, así como también el principio de congruencia y debido proceso, dado que el acceso a la jurisdicción no puede estar subdividido y limitado por escalafones, cuando se tuvieron por acreditados los requisitos de procedencia, hecho único, efecto común e interés homogéneo, ya que lo resuelto y la medida sujeta al sub lite, afecta a la sociedad en su conjunto por el interés público que representa.

---

[19] Verbic Francisco y Salgado José María., "*Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia"*, La Ley-Tomo La Ley 2016-E, 25 de agosto de 2016, Cita on line: AR/DOC/2628/2016

[20] Verbic Francisco y Salgado José María, *Ob.cit. Ver* [Nota 3]

IV. Palabras de cierre

En el marco de las acciones de clase, el efectivo acceso a la justicia está dado por procurar una igualdad de armas entre las partes que acuden a los estrados judiciales. Lo que busca el movimiento de acceso a la justicia es acercar los tribunales al pueblo, dotándolo de herramientas, de nuevas instituciones y simplificación de las leyes. Como se ha analizado precedentemente, las nociones de acceso a la justicia y debido proceso se encuentran íntimamente relacionadas.

Cuando el litigio versa sobre bienes públicos, al agrupar los intereses en juego en una acción de clase, se produce un balance en cuanto a las ventajas que tienen aquellos litigantes habituales –empresas, grandes productores y proveedores de servicios, estado, organismos, etc.– respecto de aquellos litigantes ocasionales de tipo individual. Mientras que el productor masivo de bienes o servicios puede amortizar los costos de su defensa a través de numerosas transacciones, el costo total y las molestias implicadas en efectuar el reclamo por una transacción de consumo individual desalentarán a cualquier actor racional a la hora de buscar una solución legal.

Por esto que cuando se habla de tutela colectiva, se trata de resguardar los derechos e intereses de aquellos que se encuentran en condiciones asimétricas de origen, y que por esa misma razón son merecedores de una especial consideración por parte del ordenamiento jurídico. Como viene diciendo la Corte Suprema, se trata de dar más a quienes más lo necesitan[21].

Siguiendo esta línea de pensamiento, se puede apreciar que la Corte al dividir la clase originaria, ha dejado fuera de estos subgrupos, supuestos que no podrían encuadrarse en residenciales y no residenciales, como son los supuestos de actividades no lucrativas como cooperativas, clubes de barrio, centros culturales, universidades públicas y otros usuarios no comprendidos. El Superior Tribunal de la Nación, en su decisión dedica un

[21] CSJN. "Pedraza Héctor Hugo c/Anses s/acc. de amparo", sentencia del 6 de mayo de 2014.

párrafo para exhortar al Congreso Nacional, a cubrir el cargo vacante del Defensor del pueblo, poniendo en la agenda de la política judicial, lo relevante de dicha institución con basamento constitucional, siendo la misma, de vital importancia como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus artículos 86 y 43 C.N. Por eso la sentencia parece carecer de todo sentido, ya que a través de la misma se está vedando el acceso a la justicia en clave colectiva y el principio de congruencia, dejando a la luz ciertas contradicciones argumentativas, como las expresadas en los considerandos 10, 11, 12 y 13 respectivamente señalados.

En estos términos y en palabras de Verbic, parcelar las vías jurisdiccionales atándolas a los derechos sustantivos no es una respuesta que se ajuste a la evolución actual de la ciencia del proceso, sino justamente la separación que le permitiera a esta última emanciparse como una rama autónoma. La preocupación respecto del proceso colectivo debe enfocarse en el mejor diseño de los instrumentos disponibles para tratar eficazmente los conflictos, respetando todas las garantías constitucionales involucradas[22].

De esta manera se impide que el litigio se resuelva de manera igualitaria para rodos aquellos que estaban en una misma posición, la diferenciación de subgrupos expresados por la Corte Suprema, son funcionales cuando los intereses son heterogéneos y dentro de la etapa preparatoria o de certificación y no al momento de dictar sentencia, como ocurre en el fallo *sub examine*.

[22] Verbic Francisco y Salgado José María, *Ob.cit. Ver* [Nota 10]. Para una lectura que intenta justificar la tutela colectiva de derechos sobre la base del tipo de conflicto a abordar por el proceso en lugar de hacerlo sobre la base de esencias o naturalezas jurídicas de derechos subjetivos, nos remitimos a VERBIC, Francisco "Procesos Colectivos. Necesidad de su regulación", LA LEY, 2010-A, 769.

V. TETTAMANTI

OPINIÓN

Ariel, el de la murga

El del tiro cerca del ojo.
No el León de Dios.
Ariel, el villero.
Sin más poder que su alegría.
No el jabón para lavar.
Ariel, sin lavarropas.
El miedo de Ariel,
las sacudidas. El ruido.
Ariel ensangrentado.
País banderín. Sucio.
Muy sucio. Ariel,
el enemigo número uno del Estado.
El narcotraficante.

Ariel, el morochito de ocho años.

(de *Todos podemos ser Raymond Carver*)

Autor: *Gustavo Caso Rosendi*

Prismas para un conflicto Nuestroamericano: la guerra etérea

Nuestra identidad y las relaciones internacionales

Carlos Raimundi

Voy a tratar de trasmitir mi interpretación del concepto de guerra etérea. En términos de asociación freudiano-lacaniana, resuena como una atmósfera de guerra que se respira, donde el resentimiento y el miedo están omnipresentes. Ese miedo genera repliegue popular, repliegue de la subjetividad colectiva a la subjetividad individual, como una de sus consecuencias. Ese repliegue lleva a deprimir, no sólo en términos psicológicos, sino políticos, en el sentido de reducir las fuerzas para luchar, lo que confirma el planteo que hacía Arturo Jauretche, sobre el hecho de que los pueblos no pueden luchar si están deprimidos. Entonces, uno de los objetivos de la guerra etérea es reducir la capacidad de organización y de lucha de los pueblos.

Esta idea de la guerra en todo lugar, que voy a retomar sobre el final, está asociada a la noción de Imperio: una de las condiciones del Imperio es que necesita dominarlo todo. ¿Cómo se fue configurando esta noción de Imperio, del Imperio moderno como una continuidad entre el Imperio británico y el imperialismo estadounidense? Y lo nombro como estadounidense pero sabemos que es más que eso. No sería correcto seguir refiriéndonos a esa noción reducida a la categoría de Imperio ejercido sólo por un Estado nacional. Si bien está centrado en un Estado nacional como los Estados Unidos, es claramente más que eso, porque se combina con la presencia de enormes conglomerados trasnacionales, uno de cuyos objetivos centrales es, precisamente, la destrucción de la figura del Estado.

Deberíamos remontarnos a los inicios de la modernidad. Menciono esto como referencia histórica que heredamos de

nuestra colonización cultural por parte de Europa, porque la división en edades antigua, media, moderna y contemporánea sólo remiten a la historia europea. Nada tiene que ver con la evolución de las civilizaciones orientales, hindúes, africanas o de los pueblos americanos preexistentes a la conquista. Reitero, sólo sirve como referencia.

Finaliza la Edad Media con una serie de cambios que desplazan la perspectiva mediterránea que movilizaba a Europa hasta ese momento por la perspectiva atlántica. Conscientes ya de la esfericidad de la Tierra (concepto que se manejaba con anterioridad en otras civilizaciones), y en busca de las Indias por una ruta alternativa, los navegantes europeos llegan a América, donde pre-existían poblaciones altamente desarrolladas en matemática, agricultura, arquitectura, artes, etc. A diferencia de Europa, no conocían el uso de la rueda, del caballo y de la tecnología militar, y ese déficit fue el que marcó la superioridad de las fuerzas europeas, sumado a las divisiones intestinas entre Mayapan y Chichen Itza en el imperio maya o entre Huáscar y Atahualpa entre los incas. La supremacía del conquistador que aprovecha la división interna para cooptar a uno de los sectores nativos será una constante en la historia de la dominación de nuestro continente hasta la actualidad.

Los siglos XVII y XVIII marcan la disputa por el predominio marítimo entre España y Gran Bretaña, que se define a favor de esta última con la ayuda de las naves piratas que también eran consentidas por la corona. La superioridad británica se reitera en cuanto a la modernización de su sistema productivo, en el tipo de instituciones políticas con mayor presencia de la sociedad en el caso británico, y en el tipo de cultura imperial que van a desplegar ambas metrópolis.

Comparto el planteo de Max Weber sobre la incidencia de la cultura anglicana en la formación de un capitalismo temprano en Gran Bretaña respecto del resto de Europa. Se trata de un régimen que se moderniza a partir de una visión individualista que surge de lo religioso y al trasladarse a lo productivo lo

dinamiza notablemente. Más tarde, esto tendrá sus consecuencias en el proceso de colonización.

Otro aspecto diferencial es que los colonos británicos rompen con la Corona, y al llegar a la América del Norte fundan su idea de futuro en el desarrollo del nuevo territorio. No sucede lo mismo con los primeros «Adelantados» que llegaron a América del Sur en nombre del rey de España, y no se enriquecen con el desarrollo de las nuevas tierras, sino con el diezmo o comisión que obtendrán de la depredación de nuestros metales preciosos para entregarlos a la corona. España, al importar todas sus manufacturas a cambio del oro llegado de América, estancó su propia producción. La etapa llamada mercantilista de los siglos XVII y XVIII, consolidó el atraso español respecto de países como Gran Bretaña y Holanda, trasladó a sus colonias esa cultura rentística por sobre la productiva, transfirió la modalidad monopólica de organización de su economía, estableció un modo de distribución de la tierra de corte latifundista y un tipo de instituciones que priorizó el centralismo por sobre la participación de la sociedad civil. Las propias fuerzas de seguridad, que toda organización política construye para garantizar el orden social, formaron una alianza con aquella burguesía productiva en el norte, y una alianza de clase con la oligarquía terrateniente en el sur, la cual sería el embrión de los golpes de Estado que marcarán a fuego a América Latina durante el siglo XX. Uno de los pocos elementos comunes que podemos encontrar en ambas conquistas del territorio es el despojo de sus tierras a las poblaciones indígenas, aunque, reitero, para fundar dos modelos productivos significativamente diferentes. *Paradójicamente, una constitución más flexible permitirá un proceso aglutinador en el norte, y constituciones más pétreas serán testigos de la des-integración en el sur.* En el caso de la colonización anglosajona, la idiosincrasia expansiva que caracteriza a toda cultura insular –traída en este caso de Gran Bretaña– se combina con el asombro edificante de ocupar un territorio que se les presenta inacabable, y se configura así la primera fase de lo que luego se conocerá como "el sueño

americano". *Desde esa perspectiva, tomarán en cuenta a cada acontecimiento que ocurra en cada punto del planeta como un riesgo para su propia seguridad. Se va configurando el Imperio para la guerra etérea del presente.*

La segunda etapa de la revolución industrial, signada por la aparición de la electricidad y su aplicación al proceso productivo, y las innovaciones técnicas en materia de transporte y comunicaciones, modifica sustancialmente el ritmo de la producción en busca de nuevos mercados, ya sea para la obtención de materias primas, mano de obra o nuevos consumidores. Occidente se enfrenta a una nueva división internacional del trabajo, en la cual los centros industriales de Europa se insertan como proveedores de manufacturas altamente elaboradas. Por su parte, los Estados Unidos se encuentran frente a la llamada guerra de secesión entre los estados de la Unión y los once estados confederados del sur, que habían proclamado su independencia. El triunfo del norte sobre el sur determina la incorporación estratégica del país en la mencionada división internacional del trabajo desde una perspectiva claramente industrial. A diferencia de los estados europeos que, desprovistos de materias primas deben aprovisionarse de ellas en sus lejanas colonias de Asia y África, los Estados Unidos corren con la ventaja de poseer amplias praderas que le suministran carne y granos, así como el descubrimiento de un número creciente de pozos de petróleo.

Simultáneamente, América del Sur también sufre lo que podríamos llamar dos guerras de secesión: la Guerra del Pacífico (1879-1883) y la Guerra del Paraguay (1865-1870), ambas financiadas por los intereses británicos presentes en la región. En la primera de las nombradas, Chile anexa para sí parte del territorio del sur de Perú, y priva a Bolivia del acceso al Océano Pacífico con que contaba para sus exportaciones, forjando así un resentimiento histórico de parte de sus adversarios. Por la segunda de las nombradas, las oligarquías del sur de Brasil, Montevideo y Buenos Aires, desarticulan el modelo industrial más desarrollado del continente, diezmando a la población del

Paraguay y sometiéndolo a la pobreza. Trece colonias de América del Norte, distintas y distantes entre sí, se convierten en "estados unidos"; tres virreinatos de América Latina que compartieron lengua, religión y costumbres, se dividen en más de veinte "estados des-unidos", y cada uno recibirá los beneficios y los daños derivados de lo que sus respectivas clases dirigentes hicieron de ellos. Como corolario, América del Sur afronta la nueva división internacional del trabajo como una región que sólo proveerá de materias primas, para recibir de los centros industriales las manufacturas elaboradas. Esto no sólo ensanchará nuestras desventajas respecto de Europa, sino también de los Estados Unidos, que se erigirá a partir de entonces como una potencia con aspiraciones extra-continentales. Estamos ante una nueva interface del llamado "destino manifiesto" que los padres fundadores imaginaron para los EE.UU. Comienzan a sentirse responsables del porvenir de la humanidad, y para ello necesitarán, como un primer paso, mantener el orden en su vecindario, esto es, la América situada al sur del Río Bravo.

La concepción imperial justificará su predominio en el continente americano con la consigna del presidente James Monroe "América para los americanos" a principios del siglo XIX. A mediados de ese siglo los EE.UU. comprarán a Rusia el territorio de Alaska y anexarán Texas, anteriormente perteneciente a México. Y, sobre finales de siglo, la doctrina del big stick o "gran garrote" de Theodore Roosevelt, consolidará la supremacía sobre América del Sur mediante la dominación financiera.

Los EE.UU. ayudan a sus aliados a derrotar a Alemania en la Primera Guerra Mundial, pero pocos años más tarde –en 1929– se desata la crisis de Wall Street. Gracias al aporte histórico de John Maynard Keynes el Estado interviene salvando las instituciones fundamentales del capitalismo y supera la crisis a partir de la industria militar que se prepara para una segunda y decisiva intervención en Europa. Los nacionalismos europeos más duros intentan detener la expansión de las dos tendencias internacionales, el capitalismo de origen estadounidense y el socialismo soviético, sobre el viejo continente, pero son

derrotados, y esto instala definitivamente a los EE.UU. como superpotencia mundial.

Luego de vencer en la guerra, se fortalece el liderazgo militar ejercido por los EE.UU. sobre gran parte de los ejércitos latinoamericanos a través de las academias de formación como West Point en Nueva York y la Escuela de las Américas en Panamá, desde donde, en plena guerra fría, se imparte la Doctrina de la Seguridad Nacional. Como surge de su propia denominación, este ideario entrelaza dos conceptos bien delimitados entre sí como la seguridad interior y la defensa nacional. A grandes trazos, establece lo siguiente: 1. América Latina profesa la filosofía liberal y por lo tanto no puede caer bajo las garras del marxismo bajo ningún punto de vista. 2. Dado el frenesí de la carrera armamentista entre los EE.UU. y la Unión Soviética, con arsenales nucleares capaces de destruir más de una vez nuestro planeta, los ejércitos latinoamericanos no están en condiciones de enfrentar al enemigo –el marxismo soviético– en el plano militar. 3. Pero el enemigo no actúa únicamente en ese plano; tan peligroso como eso es su penetración política, ideológica y cultural, y esos son los planos reservados al combate de las fuerzas armadas locales.

En medio del clima insurreccional de los años 70, el marxismo penetra a través de la literatura, la música, el teatro y la militancia estudiantil, sindical y política, a las cuales nuestras fuerzas armadas y de seguridad, encargadas de preservar nuestro 'ser nacional' según el Imperio, tienen la misión de reprimir. Descartadas para su misión central que es prevenir y conjurar el ataque externo, las fuerzas armadas de gran parte de la región centran su tarea en combatir al enemigo interno.

A este liderazgo militar se suma la penetración cultural de los EE.UU. en el bloque occidental y en nuestra región en particular. Sus dos mayores herramientas de la industria cultural, el cine y la televisión (en auge durante los años 50), se encargan de divulgar el estilo de vida americano, de modo de imponer toda una modalidad para mirar el mundo y organizar la vida familiar y productiva, y estandarizar una matriz de consumo –de

toda una estética corporal, indumentaria, decoración del hogar, mobiliario y electrodomésticos, automóviles– que optimice las ganancias empresarias de capital estadounidense. Hollywood multiplica las películas sobre su victoria en la guerra, las novelas románticas, el género musical y las comedias pasatistas, y proyecta la imagen de galanes apuestos e ídolos juveniles, para extender la idea de que los Estados Unidos y todo el mundo capitalista viven un clima de fiesta. Al liderazgo militar y la penetración a través de la cultura, se suma la expansión trasnacional del capital y la dominación política, en apoyo de líderes afines a sus intereses y el derrocamiento de aquellos gobiernos que no respondan a los mismos, incluyendo asesinatos como el de Jorge Eliecer Gaitán en Colombia y las invasiones a Guatemala y República Dominicana. El Imperio se despliega sobre América Latina con todo su esplendor.

Aún en plena fase del capitalismo industrial, en la segunda mitad de los años 50 el desarrollismo remplaza al modelo de sustitución de importaciones. Sobre finales de los años 30 y toda la década de los 40, las economías industriales siguieron requiriendo nuestras materias primas, pero mermaron la exportación de manufacturas hacia nuestros países, debido a que su estructura productiva se concentró en la guerra. Mediante ese superávit del comercio internacional, nuestras economías vivieron una etapa de re-capitalización que permitió orientar el capital nacional hacia un incipiente proceso de industrialización, conocido como la etapa sustitutiva de importaciones. En cambio, a partir de la mencionada ofensiva de los EE.UU. victoriosos sobre la región, ese proceso industrial basado en capitales y empresas nacionales es remplazado por una potente llegada de capital estadounidense, que demanda medidas de apertura económica para permitir la remesa de sus utilidades a sus casas centrales. Se retorna así a la transferencia de recursos al exterior y la descapitalización de nuestros países, en medio del señuelo que el presidente Kennedy propuso como estímulo al desarrollo de América Latina –remozado en sus apariencias, pero consabido en su concepción– al que bautizó

"Alianza para el Progreso" y que naufragó rápidamente debido a su inconsistencia.

No obstante, este retroceso de nuestra autonomía regional no alcanzó para destruir a la burguesía productiva que tan trabajosamente se había conformado durante la etapa de sustitución de importaciones. Entrados los años 70, todavía nos situamos en el modo de producción fordista-taylorista, que necesita muchos trabajadores por cada unidad de producción. Pero, a diferencia de los años 40 y los primeros 50, el capital extranjero y el giro de utilidades al exterior remplaza a la reinversión interna del capital, ensanchando la mencionada transferencia de recursos. La ganancia no se reinvierte en el desarrollo nacional, sino que se desplaza a las matrices externas, y se amplía con esto la brecha de desarrollo entre los países centrales y los periféricos, entre los cuales se encuentra nuestra región. Se pre-moldean las bases de lo que luego será el cambio de fase hacia el capitalismo financiero a partir de la segunda mitad de los años 70.

En 1971, bajo la gestión de Richard Nixon, Henry Kissinger y Zbignew Brzezinsky, el gobierno de los EE.UU. decreta la "inconvertibilidad del dólar". En una clara señal de poderío económico internacional, desembarazan a la moneda estadounidense del capítulo de los acuerdos de Bretton Woods que exigía para las divisas un cierto respaldo en oro, y disponen fijar libremente el valor del dólar y de la tasa de interés internacional a través de la Reserva Federal. Con esto, liberan el mercado financiero e inundan de nuevas entidades bancarias a los principales centros bursátiles del mundo.

Esta medida alcanzará su mayor importancia en 1973, luego de que la OPEP (Organización de Países Exportadores de Petróleo) dispusiera unilateral e imprevistamente un fuerte incremento en el precio del barril. El aumento impactó sensiblemente en los países industriales, quienes raudamente, en un debate de dimensión geopolítica y estratégica para salir de la encrucijada, deciden aminorar ese impacto a través de nuevos modos de producción cada vez menos dependiente del petróleo.

Se precipita, así, un fenómeno que hubiera acaecido de todos modos, pero que se acelera a partir de la crisis del petróleo.

La OPEP estaba conformada por países subdesarrollados, con fuerte presencia de empresas petroleras multinacionales, con terminal en los estados centrales; y su resolución podría haber reducido la brecha del desarrollo en favor de los países miembros. Sin embargo, la mencionada suba de la tasa de interés bancario y la proliferación de plazas financieras, operaron como un incentivo para que las utilidades producto del aumento del petróleo, en lugar de reinvertirse en los países poseedores del recurso y disminuir así la brecha de desarrollo, fueran colocadas en las plazas financieras de los países centrales y sirvieran para solventar su revolución tecnológica. La brecha entre países ricos y pobres se amplió, en lugar de angostarse; por vía de los "petrodólares", la revolución tecnológica del Norte es, paradójicamente, financiada por el Sur.

La segunda fuente de financiamiento de la revolución tecnológica del Norte la constituyen las deudas externas contraídas por las dictaduras de América Latina en los años 70. Se trató de un endeudamiento de carácter político, no contable: préstamos otorgados a sabiendas de su incobrabilidad, con el objetivo de someter a futuro las políticas económicas de los países deudores y apropiarse de sus bienes públicos a través del shock privatizador que sobrevendría unos años más tarde, bajo la restauración conservadora de Ronald Reagan en los EE.UU. y Margaret Thatcher en el Reino Unido. Esto fue acompañado por las políticas neoliberales impuestas por las dictaduras, entre las cuales resultan emblemáticos los casos de Chile bajo el mando de Augusto Pinochet y la Argentina de Jorge Videla y José Alfredo Martínez de Hoz. Se trata de la primera fase del denominado "ajuste estructural" de nuestra región, en el marco de la migración del capitalismo mundial de la fase productiva –ganancia originada en la producción de bienes tangibles– hacia un furibundo proceso de financiarización, esto es, ganancia originada a partir de la pura reproducción especulativa de derivados financieros.

La irracionalidad de aquellos días y semanas previos y siguientes al golpe de estado de 1976, el desconcierto, la perplejidad y la impotencia que sentíamos frente a la desaparición de nuestras Compañeras y Compañeros, y que al cumplirse un año fuera deslumbrante y trágicamente sintetizada en la Carta Abierta de Rodolfo Walsh, recién encontraría su explicación cuando logramos ver, en mayor perspectiva, el rol que los grandes centros de poder mundial habían asignado a América Latina en aquel momento de reconfiguración del capitalismo mundial, que se preparaba para su estocada final contra el comunismo, una década después.

Como consecuencia del desprestigio cosechado en el caso de espionaje conocido como Watergate, los republicanos no pueden continuar en el gobierno y el demócrata James Carter gana las elecciones de 1976 en los EE.UU. El estilo de Carter difiere del de sus antecesores, y una serie de acontecimientos de la política internacional le valen una profunda crítica por no haber defendido cabalmente los intereses de su país en el terreno de la geopolítica, en plena disputa con el bloque socialista. 1979 será un año aciago para Carter. Las tropas soviéticas invadirán Afganistán; el líder religioso Ruhollah Jomeini destituye al sha de Irán que simpatizaba con el Reino Unido, funda la República Fundamentalista Islámica con un sesgo profundamente anti-occidental, y más tarde un comando mantiene como rehenes a medio centenar de diplomáticos y ciudadanos estadounidenses en la embajada de ese país en Teherán durante más de un año; el Frente Sandinista de Liberación quita del poder a Anastasio Somoza en Nicaragua. Carter se presentará a la reelección, pero será claramente derrotado. Los votantes estadounidenses se inclinarán por un halcón del conservadurismo más rancio, el ex actor y ex gobernador de California, Ronald Reagan.

De la mano de esta restauración conservadora que expresan Reagan y Margaret Thatcher, durante los años 80 se incrementará el ritmo de relocalización y la renta del capital. Este viajará adonde encuentre los menores costos de producción y la más

leve o ninguna presión tributaria, dejando reservado para los centros de mayor productividad los eslabones más sofisticados de la producción desde el punto de vista tecnológico. Aumenta la tendencia a la concentración del capital y la formación de grandes conglomerados, a la vez que la terciarización de servicios. Se fragmenta la cadena productiva, pero se centraliza oligopólicamente su control financiero. Decrece la producción de bienes, pero a través de un colosal aparato de propaganda, el universo financiero puede exhibir como una virtud del sistema la elevación de la ganancia del capital, y lo expresa bajo la apariencia de un consumismo insaciable de las clases más altas, frente al retroceso del nivel de vida de los pueblos que siguen bajo el área de influencia soviética. Se aproxima la etapa de la globalización y la unipolaridad: en tiempo real, las nuevas tecnologías en comunicación se encargarán de vincular entre sí a todos los rincones del planeta, que convivirán en una supuesta "aldea global", y democracia electoral y libertad de mercado serán los pilares que el paradigma estadounidense intentará imponer a la totalidad del planeta.

La mención al año 1979 no fue aleatoria, sino que adquiere su significado por lo que vendría después. Para responder a la invasión soviética a Afganistán, los EE.UU. fortalecieron al ejército talibán, una fuerza nacionalista orientada por un líder formado por sus propios servicios de inteligencia, cuyo nombre era Osama Bin Laden. Para enfrentar al nuevo régimen antiestadounidense de Irán, apoyan a Irak en un conflicto que se extendería entre 1980 y 1988, en la figura de su presidente, Saddam Hussein. Luego de su buen desempeño en esa guerra, Hussein cree que puede convertirse en líder de los países árabes representando al partido Baaz, y ocupa intempestivamente el territorio de Kuwait, lo que desencadena la inmediata y furibunda reacción de los EE.UU. El episodio, conocido como 'la primera Guerra del Golfo', se extendió por pocas semanas y, trasmitida en tiempo real por las grandes cadenas de comunicación, da cuenta al mundo del salto tecnológico aplicado a una contienda bélica. Derrotado, Hussein continúa como

presidente de Irak, pero definitivamente lejos de la protección de la mayor superpotencia de la etapa.

Cuando, en la década de los años 90 se configura la nueva unipolaridad bajo el nombre de "globalización", se deroga la ley Glass-Steagall que regulaba el capital financiero, y eso abre el camino absoluto y definitivo para la independización del capital respecto de las directivas estatales, el proceso de concentración del capital financiero globalizado entra en un ritmo desenfrenado. Los EE.UU. desarrollan nuevas tecnologías aplicadas a la guerra, pero siempre previendo un escenario convencional. Ya sea en el territorio, el mar o el espacio aéreo, se trata de una perspectiva de agresión entre las milicias regulares que representan a Estados. Pero en 2001 sobrevienen los atentados a las torres gemelas, y rompen con ese esquema pre-determinado. Luego tendrán lugar los atentados a la estación de Atocha, en Madrid, y al metro de Londres, el trípode de gobiernos (EE.UU., Reino Unido y España) que impulsaron las invasiones a Irak y a Afganistán, tomando como objetivos precisamente a las figuras de Saddam Hussein y Osama Bin Laden. Aquellos atentados habían constituido ataques cuya fortaleza estuvo en la convicción y la sincronización, antes que en el despliegue de armamentos y la ocupación de territorios, y cambiaron con eso los paradigmas de la defensa vigentes hasta entonces. La guerra no tiene un teatro de operaciones delimitado, no se trata de tropas regulares y torna inútil la disuasión. La amenaza de daño es irrelevante por cuanto es el propio enemigo el que está dispuesto a inmolarse.

Nace el concepto de guerra preventiva, la "guerra etérea". Al ignorarse cuándo comenzará, en qué lugar se llevará a cabo y cuál será la modalidad a utilizar, la prevención al ataque deberá estar presente en todo lugar, en todo momento y bajo toda circunstancia. Así como todo método es válido para la agresión, todo método será válido para anticiparse a ella. Con esa argumentación se extremaron las medidas de seguridad en ciudades y aeropuertos, se convalidaron formas de tortura y se justificó la invasión de países, la muerte de civiles como efecto 'colateral'

de la guerra o el ajusticiamiento de líderes de gobierno. Además, se agudizaron los controles informáticos y se incrementó el financiamiento de organismos que se fueron infiltrando en el tejido social de diversas poblaciones del planeta, ya fuera con el objetivo de cumplir tareas de inteligencia o bien de ir persuadiéndolas en favor de los intereses del Imperio, bajo el ropaje de modernas 'organizaciones no gubernamentales' u 'organizaciones de la sociedad civil': clima de guerra omnipresente, la guerra en el éter.

El derribo de las Torres Gemelas modificó también otros paradigmas, como la homogeneidad ideológica de los partidos políticos de Europa. Las invasiones a Irak y Afganistán dispuestas por el entonces presidente de los EE.UU., George W. Bush, fueron apoyadas en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por un gobierno de derecha como el de José María Aznar en España, y un presumible 'social-demócrata' como Tony Blair en el Reino Unido. Y, a su vez, fueron rechazadas por el presidente de derecha de Francia Jacques Chirac y por el canciller socialdemócrata alemán Gerhard Schröder. Este hecho, aunque no sólo este hecho, ayudó aún más al desplome de los partidos políticos que habían construido la encomiable integración europea.

El clima de guerra etérea es funcional a la concentración del capital financiero globalizado. La expansión trasnacional del capital de origen estadounidense, su preponderancia a la hora de dictar las reglas del juego, está presente en los tratados transoceánicos de libre comercio y desregulación de servicios que siguen avanzando subrepticiamente pese a la oposición altisonante y solitaria del actual presidente de los EE.UU. Donald Trump.

Pese a su grandilocuencia, el capital especulativo continúa elevando su tasa de ganancia en las bolsas internacionales. Trump no representa, como algunos pretenden, una suerte de retorno al keynesianismo. El retorno de plantas industriales actualmente radicadas en el exterior sólo conseguirá, en el contexto actual de la economía internacional, disminuir el salario de los trabajadores estadounidenses hasta asimilarlo al de los

países de menor desarrollo, ensanchando aún más la brecha respecto del capital. El discurso de Trump no es la contracara del capital financiero globalizado, sino su consecuencia natural, expresada en la exclusión, el odio y el resentimiento que tal acumulación desmesurada de riqueza genera en los pueblos. Tanto una subjetividad, la neoliberal, como la otra, neofascista, niegan a la comunicación política como articuladora de intereses. La miseria y los refugiados son resultado de la primera; la construcción de muros, la expulsión de extranjeros y las amenazas de ataque nuclear lo son de la segunda. Ninguna de las dos es ni procura construir una subjetividad profundamente democrática.

La construcción de una subjetividad popular, profundamente democrática, como marco cultural de un proyecto político y económico autónomo y sustentable, teniendo como objetivo un mundo pacífico y multipolar, es la tarea pendiente de los movimientos populares de América Latina, en contacto con las recientes experiencias de la nueva izquierda europea, con movimientos sociales afines de distintas partes del mundo, y con aquellos bloques que se manifiestan respetuosos y solidarios con la voluntad de los pueblos y los Estados soberanos menos poderosos.

Existe, pues, una relación dialéctica entre concentración del capital, exclusión social y armamentismo. La concentración lleva a la guerra etérea, la que está presente en todo momento y en todo lugar, y se manifiesta a través de cualquier metodología, sin guardar respeto por límite democrático alguno. Por eso, preservar la Paz para América Latina no es un planteo naif, ni está hecho desde una mirada únicamente ética o romántica. Se trata de una cuestión profundamente estratégica y geopolítica.

V. TETTAMANTI

TRABAJOS DE GRADO

Doctos

Olemos como ratas.
Somos doctos, también, como ratas:

distinguimos lo fétido
de lo no fétido.

Anclados en los sentimientos
más toscos, declaramos
la paz mundial como ratas.

Hay quienes ven
en el avance de la
Descomposición

el triunfo de la industria
de la heladera.

Por lo demás, los poemas
son mejores o peores.

Autor: *Andrés Szychowski*

El Derecho como escudo ante el Maltrato Animal

¿Utopía o posibilidad?[1]

Alejandra Evangelina Martínez Perdomo

1. Introducción

Nos hemos esforzado tanto por construirnos como seres invencibles y superiores, que cada año que transcurrimos sobre este planeta corrompe nuestras bases atentando contra nuestros valores.

En cierto estadio de situaciones, pareciere que hubiésemos olvidado que un ejemplo de ser humano sólo se alcanza a través de los buenos actos y pensamientos. Recurrimos constantemente a una violencia injustificada; tenemos sed de dañar y de sentir que, hasta cierto punto, somos tan "superiores" que podemos quitar una vida con la cual no sabemos siquiera comunicarnos.

Hemos utilizado la belleza de nuestra mente para encerrar almas; para crear cárceles donde los animales están limitados sin haber cometido delito alguno, más que el de nacer.

Modificamos su material genético proporcionalmente al crecimiento de nuestra ambición y egocentrismo; bloqueamos toda señal de compasión y los trasladamos apilados para luego colgarlos de una de sus extremidades y atravesar su arteria principal con una cuchilla.

¿Dónde comienza tanta maldad, tanta frialdad, tanta ceguera? ¿De qué forma nos vemos como para sentir que tenemos el derecho y poder de designar cuándo una vida comienza y cuándo y cómo ésta termina?

La raza humana se ha dividido en especies. Algo totalmente inimaginable hace algunos años, hoy se hace realidad a través

[1] Instituto de Técnica Forense. Entrega Final. Montevideo, Uruguay. 2017.

de la diversificación de valores. Hay especies ruines, y especies tormentosas. Hay especies frías, y habemos especies sensibles. Sensibles a la vida, a la tranquilidad y a la armonía. Almas que se disuelven ante tanta muerte, tortura y ponzoña.

El maltrato animal se ha incrementado a niveles catastróficos en los últimos años. Se ha creado una "delincuencia internacional"[2]1, que obliga a los Estados a cooperar en la búsqueda de mentes que hoy lastiman a un animal, mañana a una persona.

En parte, el presente trabajo se estructura sobre la base de la impotencia. Impotencia por sentir pasión por un tema que continuamente se delega a un último plano. Impotencia por la pobreza en valores que esta sociedad está sufriendo. Impotencia por todas las vidas que se van en nuestros brazos. Somos su única esperanza; y su única amenaza.

2. El Derecho Animal como un estandarte de todos los tiempos

El "Derecho Animal" surge de la necesidad de establecernos límites a nosotros mismos. Es un reflejo de reconocimiento de la gravedad de nuestros actos, de su profundidad, y de sus efectos consecuenciales.

---

[2] A partir del año 2011 países de todo el mundo buscan desesperadamente a Nicolás Buiga Bueno alias "Asesino Knino" y Unai Velasco Barriga. El 8 de febrero del año mencionado, en Badajoz (España), dieron muerte a Schnauzi y su hermano, cachorros de dos meses de edad, a través de tortura psicológica durante once horas, obligándolos a comer sus excrementos, tirándolos al piso para quebrar sus costillas, realizando en ellos la posición de "Cristo" –quebrar su huesos de patas traseras a fin de que se articulen en forma contraria a la natural, y dando vuelta sus patas delanteras–, empalándolos, cortando sus orejas, provocándoles laceraciones y vertiendo ácido y agua hirviendo sobre sus heridas. El hecho fue conocido a través de un video subido por ellos mismos a Youtube, donde se muestra todo el proceso pero donde los asesinos se ocultan. Schnauzi fue asesinado después de su hermano, y la cara de sus asesinos pudo ser identificada por el reflejo de éstas en los ojos del cachorro, mirada que sólo pedía una explicación al porqué de tanto sufrimiento, y que sólo buscaba el amor que en su corta vida nunca tuvo. Tal es la repugnancia que ha provocado el hecho, que hasta el día de hoy Schnauzi sigue en todos nosotros, y las recompensas por la captura de sus asesinos llegan incluso a los diez mil euros.

Podríamos aquí mencionar infinidad de conceptos, apreciaciones y pensamientos sobre qué entendemos por "Derecho Animal". Sorprendentemente, estamos en un área donde no podemos limitarnos por una enumeración de animales, ni por un "objeto" de protección. Sin perjuicio de ello, me arriesgo a brindar una suerte de definición, donde el Derecho Animal se presenta como el conjunto de teorías, principios y normas destinados a la protección jurídica del animal distinto del ser humano, garantizando su bienestar y su cuidado[3].

Nuestro país se encuentra en un nivel de desarrollo sobre el tema que es mínimo en comparación al ámbito internacional. Considero que la raíz del problema radica en un retroceso de pensamiento y cierta negativa a la innovación. Como sociedad tenemos miedo de optar por nuevos caminos, incluso si sabemos que esos caminos son, en el fondo, positivos en todo sentido.

Hay un elemento que no hemos mencionado hasta ahora, el cual engarza la fuente de todas las discordancias: la ignorancia. Es una realidad y debemos reconocerla; no pocas veces, quienes defendemos la existencia de un Derecho Animal somos llamados 'animalistas'. Esa denominación hace unos años nos llenaba de orgullo; hoy, es totalmente despectivo, pues el mismo ser humano lo ha vuelto sí. El mismo ser humano que reclama igualdad, es el que crea categorizaciones en función de los ideales que perseguimos. La ignorancia reside en "un animal no es igual a un ser humano"; claro que no es igual, es mejor. Es fiel, dulce, alegre; es compasión, confianza e incondicionalidad en un solo corazón. Es un ser tan especial y único que es capaz de conocer el sufrimiento al cual un ser humano puede someterlo, y al mismo tiempo volverlo a amar.

3. El Maltrato Animal como antagonismo

El enemigo del Derecho Animal es el Maltrato Animal. Son dos fenómenos antagónicos susceptibles de nacer en un mismo

---

[3] En sentido similar: WAISMAN, Sonia S.; WAGMAN, Bruce A.; FRASCH, Pamela D. en "*Animal Law: Cases and Materials*", Fifth Edition, Carolina Academic Press, 2014, p. 31.

lugar: el ser humano. Hay humanos indiferentes, y habemos humanos apasionados. Hay humanos carentes de sensibilidad, y habemos humanos obligados a recomponer nuestra alma una y otra vez ante cada caso de tortura.

Desde el comienzo del caminar humano, siempre existió la matanza de animales. Lo que han variado son los medios y las razones.

Si bien la muerte como hecho sólo es justificable en algunos ámbitos demasiado excepcionales, reconozco que en los inicios de nuestra existencia ello se hacía por un sentido de sobrevivencia, así como los animales se cazan unos a otros por la misma razón; ello es producto de la propia cadena alimenticia.

La escisión entre lo "moderado" y lo "peligroso", se da cuando la sensación de dar muerte se transforma en sed; cuando las razones por las cuales se mata no responden a la sobrevivencia, y cuando los medios con los cuales ella se lleva a cabo exceden el estadio de la compasión y la tolerancia.

El desarrollo de la caza se encaminó por otros senderos diversos a la subsistencia,derivando en actos de barbarie y salvajismo. Ya en la Edad Media los animales eran incendiados en vida, a los efectos de obtener mayor grasa y proteínas derivadas de su estrés. Luego, la cultura y la religión se inmiscuyeron en la situación, ampliándose el espectro de razones en virtud de las cuales la muerte agónica era el único resultado.

Situados en pleno Siglo XXI, la muerte artificial de animales en manos del ser humano se ha incrementado como consecuencia de las finalidades perseguidas –léase vestimenta, maquillaje, productos de limpieza, entretenimiento, tradiciones, etc.–, siendo los animales utilizados como centros de experimentación y ofrecimiento a creencias que hoy no se condicen con el grado de raciocinio que propugnamos tener.

4. El fruto de nuestros actos

Para determinar cuáles son las consecuencias de nuestro actuar, dejemos en claro una precisión previa: la problemática

reside en la desconsideración del animal como ser sintiente y la consideración del hombre como superior respecto de todas las vidas con las cuales compartimos el único hogar que tenemos.

4.1. Uruguay: una Ley con letra pero sin esencia

Como estudiante, no puedo soslayar la historia que subyace bajo la actual legislación sobre los Derechos de los Animales. En un comienzo, el tópico de un Derecho Animal fue regulado por la Ley Nº 5.657, vigente desde abril de 1918 y derogada tácitamente en marzo de 2009 por Ley Nº 18.471. ¿Cuáles fueron las consecuencias de este cambio?

Luego de una entrevista con el Dr. Gastón Cossia, se llegó a puntos muy interesantes respecto al tema. En primer lugar, con la Ley Nº 18.471, llamada "Ley de Protección, Bienestar y Tenencia de Animales", se instaura un Proceso Administrativo interno, en donde las denuncias primero son evaluadas por una Comisión interna (antes CO.NA.HO.B.A., hoy CO.T.R.Y.B.A.) la cual tiene la absoluta potestad de decidir si elevar o no el caso a la Justicia. Esa atribución impidió terminantemente que la sociedad tenga acceso a la Justicia a través de la verificación de casos de maltrato animal, quedando la decisión de su tramitación en manos de cinco personas que no están para nada instruidas moralmente a decidir sobre esos casos.

Otra problemática para nada menor, surge de la reglamentación de la Ley actual. Inicialmente, tal reglamentación fue llevada a cabo a través del tenor literal del Decreto Nº 62/2014, continente de ciento noventa y seis artículos. En dicho Decreto, se reguló todo lo referente a los animales a los cuales la Ley menciona, incluyendo perros, gatos, equinos, aves, animales de producción y animales exóticos. Pero se cometió un error inaceptable. Por Decreto Nº 204/2017, el Decreto del año 2014 deja de tener efecto de forma inminente, y pasa la reglamentación de la Ley Nº 18.471 a verse reflejada en solamente cuarenta y tres artículos; dichos artículos sólo se enfocan en los animales catalogados "domésticos", y, dentro de ellos, en la población

canina. Es decir, de una Ley que contempla un abanico integral de especies, pasamos a una reglamentación de efecto embudo que sólo refiere a la situación de los caninos.

Como tercera falla, tenemos la creación de la CO.T.R.Y.B.A. (Comisión Nacional Honoraria de Tenencia Responsable y Bienestar Animal), que suprime la CO.NA.HO.B.A. (Comisión Nacional Honoraria de Bienestar Animal). Previamente, la CO.NA.HO.B.A. se enmarcaba en el ámbito del Ministerio de Educación y Cultura (M.E.C.), y luego pasó a estar bajo la luz del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca (M.G.A.P.) como CO.T.R.Y.B.A., por el artículo 285 de la Ley Nº 19.355. Ello es relevante por las funciones y la relevancia que a ellas se quitan. Sabemos que uno de los pilares es la educación; conocemos sus efectos y por eso elegimos instruirnos, elegimos aprender, elegimos ampliar nuestro horizontes. ¿Qué clase de inteligencia es la que reside en quien propone quitar del ámbito educativo el bienestar animal? La educación permanente en proteccionismo animal no hace referencia únicamente al amor que todo ser vivo merece. Refiere a la compasión, a los valores, a la ética y a la valentía. A una valentía que apunta a romper esquemas y salir de nuestra humanización egoísta.

Con la Ley Nº 19.355 en lo referente a la temática animalista, no sólo se quitó relevancia a la Asociación Nacional de Educación Pública (A.N.E.P.) y por ende a la Universidad de la República (U.de.la.R.), sino a toda iniciativa particular de perseguir de forma directa los casos de maltrato animal.

Se generó una "justicia paralela". Un estadio medio entre la denuncia y la Justicia. Un obstáculo que no permite acceder libremente a uno de los pilares esenciales para el equilibrio social; una Comisión que se integra por un representante del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, un representante del Ministerio de Salud Pública, un representante del Ministerio del Interior y un representante del Congreso de Intendentes, el cual va rotando, y de los cuales ninguno se encuentra instruido ni capacitado para tomar decisiones sobre la vida y la muerte de ningún ser vivo. Una comisión que carece de valores

y de interés por un verdadero bienestar animal, que se cubre de velos para ocultar su ausencia de integridad moral. Se buscó evitar sobrecargar a los Jueces, pero lo que se logró fue obstaculizar el procedimiento, no previéndose un marco legal para que la justicia trabaje, quedando todo en manos de cinco integrantes.

Con la Ley Nº 5.657, los particulares podían requisar, podían ejercer actos de justicia tutelados por el Derecho, en defensa de quienes nos necesitan. Incluso, no se podía sacrificar sin antes realizar un test de agresividad sobre el animal y sin antes someterlo a un proceso de resocialización, aún cuando el tenedor del animal solicitara su sacrificio sin antes realizar esas instancias, ya que como menciona el artículo 88 del Decreto Nº 62/014, "*...y el tenedor titular solicita que el mismo sea sacrificado, el veterinario actuante o el técnico del Plantel de Perros según sea el caso, deberá informar al tenedor la prohibición de sacrificar al animal sin haberle realizado previamente un curso de resocialización por parte de un técnico habilitado por la CO.NA. HO.B.A. y supervisión de la misma, pudiendo realizarse dicho curso en el domicilio habitual del animal o en instalaciones habilitadas para tales fines*". Esta situación difiere de la actual, donde para sacrificar la CO.T.R.Y.B.A. no necesita previo test positivo de agresividad, ni proceso de resocialización sin éxito (artículo 12 literal B de la Ley Nº 18.471, reglamentado por artículos 21 y 22 del Decreto Nº 204/017), sino que puede sacrificar perros con el único límite de que el dueño se imponga y tome bajo su responsabilidad el cuidado y control del animal[4]. La cuestión con esta condicionante es que el perro agresivo es muchas veces el reflejo de su dueño, y si el perro lastima o mata ello no ocasiona preocupación alguna por su tenedor. Ergo, perro agresivo, dueño irresponsable y alarma social que cree que la muerte es la mejor solución, dan como resultado la ignorancia total de la Justicia en estos temas, no porque los

[4] No es para nada difícil equiparar esta circunstancia a la que rige el artículo 125 del Código Rural Uruguayo. Se urbanizó la posibilidad de dar muerte al perro frente al daño causado, sin trámite previo.

archive, sino porque ni siquiera llegan a su órbita, producto del "descarte" que la Comisión hace, creyendo tener la potestad de elegir entre quién vive y quién muere.

La falla esencial del sistema desemboca en la ausencia de infraestructura que debe acompañar todo cambio legislativo, en una carencia de fiscalización de las leyes que se aprueban. Es decir, si por artículos 15, 16, 17 y 18 del Decreto Nº 204/017 se autoriza a las capturas de animales bajo determinadas causales, para ello debe, indispensablemente, recurrirse al acuerdo de ciertos proyectos organizacionales que reflejen fácticamente lo que literalmente se plasmó (instalaciones, personal, equipamiento, profesionales veterinarios a disposición, criterio de división de caniles, etc.). Asimismo, por artículo 4 del Decreto Nº 311/016 se crearon las CO.DE.T.R.Y.B.A., que son las Comisiones Departamentales que supuestamente deberían cumplir con las mismas finalidades atribuidas a la CO.T.R.Y.B.A. por artículo 16 de la Ley Nº 18.471; lamentablemente, tal es la escasez de instrucción brindada que estas Comisiones muchas veces ni se forman y, si lo hacen, es a los solos efectos de entender en algún caso de maltrato que surja. No ofrecen garantías ni permanencia, pero el sufrimiento animal nunca descansa.

Mientras la CO.NA.HO.B.A. estuvo presente, quizás estábamos ante una verdadera Ley de Bienestar Animal. Hoy no podemos darnos el orgullo de decir lo mismo. Hemos perdido principios, hemos dejado de ver en otros ojos la misma vida que todos tenemos derecho a gozar.

4.2. Los obstáculos al acceso a la Justicia y el reflejo fáctico

Producto de lo anterior, es la ineficacia que se genera respecto al accionar ante casos de maltrato. Denuncias hay muchísimas; tramitadas muy pocas, derivado de la demora en brindar respuestas[5].

[5] Puede verse el Formulario de Denuncia de Caso de Maltrato Animal en: http://www.mgap.gub.uy/unidad-ejecutora/comision-de-tenencia-responsable-y-bienestar-animal/

Después de una agradable charla con el Sr. Juan Echavarría, quien está junto a su familia al frente de la Asociación Civil sin Fines de Lucro "Animales Sin Hogar (A.S.H.)", se llega a la conclusión de que el problema esencial es la educación.

La tenencia irresponsable de animales no se da sin algo que la despierte; como sociedad no hemos adoptado una postura frente al trato a los demás seres vivos, sino que simplemente nos limitamos a nuestros intereses.

En lo que a la institución refiere, la mayor cantidad de casos de maltrato se da respecto de equinos. Ello es sin dudas producto de la cosificación del animal, lo cual se perpetuó sin importar los avances; es un tema nunca solucionado, sobre todo en Montevideo. Se aprecia un régimen estricto y duramente previsto en cuanto a la seguridad vial, pero la tracción a sangre sigue siendo parte de la vialidad y no se tutela para nada la vida del animal que da lugar a ese modo de tracción[6].

Por otro lado, los perros que ingresan a la Asociación entran más bien a causa del abandono. Si bien hay, obviamente, situaciones de maltrato propiamente dichas, el abandono es el factor más sufrido por la población canina.

Situación diversa es la de los gatos. Por lo general, el felino es más fácil de castigar y más difícil de asistir, pues el animal tiende a esconderse y a perderse, muriendo en soledad o acoplándose con otros que padecen la misma desgracia. Es por ello que la mayoría de las veces, los gatos son encontrados en colonias. Colonias de seres que buscan la protección que no supimos darles, que persiguen el cariño que no experimentaron hasta que alguien los salva de su sufrimiento.

---

institucional/formulario-de-denuncia-CO.T.R.Y.B.A.. Como puede verse, el trámite no es para nada sencillo, y requiere para su mero ingreso muchos datos de los cuales no siempre se tiene dominio. Ello, sumado a la urgencia que estos casos demandan, tornan ineficaz cualquier medida asegurativa de la vida.

[6] Informe especial emitido por Subrayado Canal 10 respecto a la tracción a sangre: https://www.youtube.com/watch?v=mja31je89gs, titulado "*Informe especial: los carros tirados por caballos en Montevideo*".

Otro tema que no puede dejar de mencionarse, es el de la adopción. No sólo es una solución efectiva y responsable para salvaguardar el bienestar animal, sino que es el producto de una toma de conciencia que invita al ser humano a desarrollarse inigualablemente. Ellas han ido creciendo estos diez últimos años, lo cual es sin dudas producto del esfuerzo que las instituciones civiles y los particulares realizamos desinteresadamente y por amor en pureza.

Certeramente el maltrato animal no ha decrecido; lo que sí ha aumentado es la exposición de éste, y la concientización. Es indudable que hace cinco años era muy difícil encontrar un titular referente a un tema que involucre un animal; hoy, muchas veces nuestras mañanas comienzan con hechos en donde un perro está envuelto. Un perro al que se lo tacha de "asesino" y "raza peligrosa", incluso cuando ni siquiera el propio informante sabe lo que es congeniar con un perro[7].

5. Conclusión: Proyecto CODI, una luz de esperanza

Una de las virtudes que un trabajo de este tipo tienen, es poder apreciar la realidad y buscar soluciones a sus falencias. Mi solución: *Proyecto Codi*.

¿A qué se debe su denominación? Se basa en un caso real, ocurrido en la Ciudad donde resido, San José de Mayo, en el departamento de San José. Codi era uno de los tantos perros callejeros que son producto del abandono y el egoísmo que sólo el ser humano, por excelencia, puede engendrar. Su dueño era un anciano que residía en una Residencia, Residencia de la cual se fue, dejándolo a su suerte. Codi era alimentado por los vecinos del Barrio Colón, a los cuales consideraba sus dueños, sus amigos, por quienes daría su vida.

[7] ¿Qué pasó con "El Pintiya"? En Setiembre de este año, en el departamento de Paysandú, mató a pedradas a un Pit Bull, le cortó la cabeza, lo despellejó y le quitó sus vísceras. ¿Algún medio de comunicación salió en defensa del animal asesinado? Claro que no, pues los medios sólo hablan de Pit Bulls cuando muerden a una persona. ¿Dónde quedó la transparencia y objetividad en la transmisión de información?

Quienes lo conocieron, siempre halagaron su comportamiento: solía sentarse mientras las vecinas se reunían a conversar y merendar; no ladraba a nadie que circulara; recibía con cola alegre a todos los que llegaban a las calles de su barrio; jugaba con los niños de la "Escuela rosada".

En la mañana del día Sábado 6 de Mayo del corriente año, llegó una persona; una persona a la cual Codi fue a recibir a pesar de no haber visto nunca, pero sin saber que a él sí lo tenía vigilado desde hace un tiempo. Este sujeto, atravesó la nariz de Codi con un alambre –como sabemos, la nariz es el órgano más sensible de perros y gatos– y lo arrastró durante un cuadra. Codi aullaba, lloraba. Fue arrastrado hasta un terreno baldío, escenario de sus horrores. Allí, lo ató a un tejido con el alambre con el cual lo arrastraba, y lo golpeó. Lo golpeó con baldosas, pala, ladrillos y cascotes. Lo golpeó hasta que su alma se desprendió de su cuerpo. Codi gritó; aulló; vio. Vio cómo los niños a quienes recibía lo miraban sin ayudarlo; vio cómo las ancianas con las cuales solía merendar, lo veían desde la ventana. Vio gente transitar en vehículos; vio gente, mucha gente, pero ningún alma.

Hoy Codi está en su cielo, pero conoció el infierno. Su asesino está libre, con armas bajo su tenencia, y con varios testigos de hechos de violación. Nadie quiere denunciarlo. Nadie quiere enfrentarlo; todos tienen miedo, miedo de un "igual".

El cuerpo de Codi descansa debajo de un Pecán, en un terreno propiedad del Arquitecto Eduardo Castro[8], y su amor se vislumbra a través del romancero creado por Martina Navia

[8] El Señor Eduardo Castro, tuvo la desgracia, como muchos de nosotros, de conocer el caso de Codi. Pero él lo sintió más cercano, sintió el odio más profundamente que el resto. Hasta el día de hoy carga sobre sus hombros el hecho de que la vida de Codi fue quitada en un terreno baldío de su propiedad. Ante tal conocimiento, Eduardo ofreció un campo también de su dominio donde autorizó la plantación de un Pecán y donde lo que quedaba del cuerpo de Codi allí descansa. Todos los que conocieron a Codi en vida y todos los que lo conocimos cuando se fue, somos bienvenidos a visitarlo, a encontrar la paz bajo la sombra del árbol que emana la tranquilidad y felicidad que Codi siempre mereció y nunca tuvo.

Bogarin en su honor:

Les brindé cariño a todos,
un hombre trancó mi vida,
renaceré en el Pecan
para dar frutos algún día.

Pero mi cuerpo indefenso
ya descansa en la alegría,
porque el pecado canino
hace sombra en nuestras vidas.

Podrán gozar de mis frutos,
con libertad y en compañía,
bajo el canto de las aves
que susurran mi despedida.

Lamentablemente, los hechos hablaron por sí mismos, y creo que cualquier palabra sobra para vislumbrar porqué mi solución a proponer sea en honor a Codi.

El título dado a este trabajo nos invita a cuestionamos acerca de si es utópico o posible considerar el Derecho como una solución al Maltrato Animal. Considero que la fuerza de poder lograr eso se encuentra en cada uno de nosotros, y en la capacidad que sabemos que tenemos y no siempre utilizamos.

Para brindar soluciones, debemos ser conscientes y sinceros en la admisión de las falencias de nuestro actual sistema. La principal falla está en la discordancia existente en lo que se sanciona. Entiendo que debe haber una línea de pensamiento entre los contenidos normativos; si la voluntad primera fue verdaderamente tutelar la vida y el bienestar de los animales en general, ¿por qué después termina desvalorizándose la vida dándose preeminencia a la eutanasia? ¿Cuándo la Justicia dejó de ser parte de la vida de los que queremos defender aquellos que no hablan nuestro idioma?

Inmediatamente se necesita derogar lo existente de forma explícita, mediante la sanción de una Ley que verdaderamente tutele la vida digna. El artículo 11 del Decreto Nº 204/017 establece que "*No siendo los animales sujetos de derecho, los mismos*

serán considerados como bienes de propiedad privada sujetos a una normativa especial..."; he aquí dos connotaciones a realizar: reconocemos que están sujetos a una normativa especial (ergo, no son "cosas" ni "objetos inanimados"), pero, al mismo tiempo, entendemos que no son sujeto de derecho. Personalmente, confío y tengo la esperanza de que un día abriremos los ojos y dejaremos de ser tan narcisistas; dejaremos de buscar ese grado de superioridad que sólo los débiles aspiran a encontrar.

El estudio de los sentimientos de los animales es uno de los ámbitos más interesantes y relevantes de toda la Biología, según declaró Marian Dawkings, Catedrática de la Universidad de Oxford. Asimismo, "tenemos que entender que no somos los únicos seres en este planeta con mentes y personalidades"[9], y que no hay razones para negar la existencia de un sistema nervioso en animales distintos a los humanos, aun más cuando está probado científicamente la agudeza de sus sentidos mayor al de los seres humanos[10].

Hemos cometido el gran error de creer que la Justicia sólo es privilegio de algunos; qué equivocados estamos. Enmendar ese obstáculo no depende sólo del Derecho; depende de las mentes que están detrás. Depende de los que tienen poder. Depende de nosotros, los que no estamos un día sin pensar en la situación de aquellos con quienes tenemos el privilegio de compartir nuestra existencia.

Es una urgencia volver al sistema donde la tutela de verdad existía. Pero antes de aprobarse una Ley que lo cambie todo, hay que instruir personas, hay que dotar de amor muchos corazones. Hay que hacer ver que ellos sí importan, que nuestra alma queda muy pequeña al lado de la grandeza de las suyas. Tenemos que tomar coraje y formar grupos interdisciplinarios, donde todos contribuyamos con nuestro conocimiento y pasión a una finalidad común. Donde la forma de alcanzar que la

---

[9] Declaración a BBC Mundo de la especialista en chimpancés Jane Goodall, en fecha 22 de Marzo de 2015.

[10] Singer, Peter, "*¿Los animales sienten dolor?*" en Animal Rights Resource Site.

responsabilidad sobre los dueños irresponsables y los maltratadores recaiga, sea a través de una decisión imparcial y judicial, que tome postura sobre una temática que nos atañe a todos como sociedad.

Ésto es Proyecto CODI: una visualización del futuro que se va a hacer realidad. Un nuevo comienzo que no parte del sacrificio humanitario sino de la reestructuración de los vínculos y que retoma el ideal francés del "animal sintiente"[11]. Que confía en un ser humano progresista y protector. Un Proyecto que apunta a la instauración de Grupos Interdisciplinarios esmerados y dedicados a esta labor, que no les sea impuesta sino totalmente libre, sometidas al régimen general laboral pero con un propósito diferente. Una propuesta que obliga a destinar parte del Presupuesto Nacional a esta finalidad, siendo evidente la obligación de la castración masiva y la aplicación punitiva ante el incumplimiento mediante maltrato, muerte y abandono.

El Abogado nunca debe dejar de ser un agente moral; en él reside la capacidad de tomar iniciativa en aquello que le apasione, que crea y que ame defender. Y tiene todo ello no por ser Abogado, sino por ser una persona con raíces formadas en valores; de nada nos sirve un título si no sabemos honrarlo y enriquecerlo con la victoria ante la malicia y la injusticia.

Ésa es mi meta; no importa cuánto tiempo lleve, ni qué tan duro sea el trayecto. El día de mañana tendré la oportunidad de ser Doctora en Derecho, y ello no será más que un nuevo escalón en la cima que hace mucho escalo. Arriba están ellos: los que se fueron, los que los hicimos irse, los que vendrán, y los que conocieron la muerte en vida y hoy son amados.

6. Bilbiografía

Brain, Lord, "*Dirección Presidencial*" en CA Keele y R.Smith, La valoración del dolor en Hombres y Animales, Federación de Universidades por el Bienestar de los Animales, Londres, 1962.

[11] Hible Villadangos, María José, "*La Protección del Animal no humano a través del Hábeas Corpus*" en Derecho y Humanidades, Número 27, Chile, 2016.

Chible Villadangos, María José, "*Introduction to Animal Law. Elements and Perspective in the development of a new area of Law*" en Ius et Praxis, Volumen 22, Número 2, Editorial Talca, Chile, 2016.

Chible Villadangos, María José, "*La Protección del Animal no humano a través del Hábeas Corpus*" en Derecho y Humanidades, Número 27, Chile, 2016.

Sargeant, Richard, "*El espectro del dolor*" en Hart Davis, Londres, 1969.

Singer, Peter, "¿Los animales sienten dolor?" en Animal Rights Resource Site.

Waisman, Sonia S.; Wagman, Bruce A.; Frasch, Pamela D., "*Animal Law: Cases and Materials*", Fifth Edition, Carolina Academic Press, Estados Unidos, 2014.

Ley Nº 5.657, "*Ley de Protección Animal*", de 15 de Abril de 1918.

Ley Nº 18.471, "*Ley de Protección, Bienestar y Tenencia de Animales*", de 27 de Marzo de 2009.

Decreto Nº 62/014, "*Reglamentación de la Ley Nº 18.471 - Ley de Protección, Bienestar y Tenencia de Animales*", de 14 de Marzo de 2014.

Decreto Nº 311/016, "*Aprobación de la nueva estructura organizacional y de gestión de la Comisión Nacional Honoraria de Tenencia Responsable y Bienestar Animal*", de 26 de Setiembre de 2016.

Decreto Nº 204/017, "*Reglamentación de la Ley Nº 18.471, referente a la Protección, Bienestar y Tenencia de Animales. Derogación del Decreto Nº 62/014*", de 31 de Julio de 2017.

Entrevista con el Dr. Gastón Cossia, Médico Veterinario y Diputado suplente por Montevideo.

Entrevista con el Sr. Juan Echavarría, Analista de Sistemas y Fundador de "Animales Sin Hogar (A.S.H.)".

Sitio Oficial de PETA (People for the Ethical Treatment of Animals): www.petalatino.com Sitio Oficial de WAWAW (Tienda de Animales): www.maltratoanimalwawaw.weebly.com

Sitio Oficial de la Comisión Nacional Honoraria de Tenencia Responsable y Bienestar

Animal (CO.T.R.Y.B.A.): http://www.mgap.gub.uy/unidad-ejecutora/comision-de-tenencia-responsable-y-bienestar-animal

Informe especial emitido por Subrayado Canal 10 respecto a la tracción a sangre: https://www.youtube.com/watch?v=mja31je89gs, titulado "*Informe especial: los carros tirados por caballos en Montevideo*".

Noticia "Los animales también sienten", por BBC MUNDO en http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/science/newsid_4370000/4370627.stm

V. TETTAMANTI

INVESTIGACIÓN

Hace mucho que llegó la sangre al río

Hace ya demasiado que el pescado se pudrió.
El yacaré lloriqueaba de verdad. Ahora podemos
ver su panza hinchada; flotando, amarillenta.
Ahora podemos ver el revés: el fondo
en la superficie, y la superficie debajo.
Todo se está ahogando.Todo flota
de manera equivocada. Hasta el Irupé
anda desamorado. Lo único que persiste
es el declive, que hace correr las aguas,
como siempre.
Y la gran ambición del glifosato.

(Inédito, 2018)

Autor: *Gustavo Caso Rosendi*

Construyendo horizontes colectivos

Condiciones de trabajo y estrategias para su transformación en el periurbano platense

Mariana Gabrinetti y Marcos Schiavi[1]

1. Introducción

Este artículo se inscribe en el proyecto de investigación "Condiciones laborales actuales del trabajo agrario en La Plata y Gran La Plata. Representaciones y prácticas de los trabajadores" que se inició en 2017, en el marco del CETSyS.

El objetivo general de la investigación se centra en analizar las condiciones laborales actuales de los trabajadores agrarios en La Plata y Gran La Plata y sus representaciones sobre dichas condiciones.

En este estudio analizamos los aspectos que conforman las condiciones y medio ambiente de trabajo a los que podemos aludir como "objetivos"[2] y aquellos de carácter subjetivo.

Partimos del supuesto de que las trayectorias vitales y específicamente las laborales pueden incidir en la percepción y valoración por parte de los/las trabajadores/as acerca de las condiciones en las que realizan su trabajo y los riesgos a los que se encuentran expuestos/as y a la vez, que estas percepciones definen orientaciones para la práctica.

Lo que nos interesa es comprender la relación dialéctica entre los aspectos que podemos denominar objetivos y aquellos de carácter subjetivo, intrínsecamente constituidos en torno a la biografía de los trabajadores.

---

[1] Pertenencia institucional: Centro de Estudios en Trabajo Social y Sociedad (CETSYS) - Facultad de Trabajo Social - UNLP.

Correos electrónicos: mgabrinetti@yahoo.com.ar schiavimarcosdamian@gmail.com

[2] La mención de los elementos objetivos de dichas condiciones la hacemos entre comillas reconociendo que esta objetividad no es alcanzable.

En este sentido, consideramos los aportes de Bourdieu, quien plantea que tanto una perspectiva objetiva como subjetiva, resultan parciales y se constituyen en modos de conocimiento teórico. De manera que es necesaria una doble mirada, en tanto dos momentos del análisis, considerando tanto la realidad como la percepción de esa realidad. Esto implica que nuestro enfoque no queda restringido a analizar las objetivas condiciones de vida y las condiciones estructurales que las determinan sino también a conocer a los trabajadores rurales en tanto agentes sociales, esto es con la capacidad de agencia y de incidencia en la transformación de dichas condiciones.

Cabe aclarar que un antecedente importante de la investigación está constituido por una primera aproximación a la temática a través del proyecto "Diagnóstico de las condiciones del trabajo, de las percepciones, valoraciones y vivencias sobre dichas condiciones por parte de los trabajadores del sector agrario en Gran La Plata" que desarrollamos en 2015 a partir de un convenio entre la Facultad de Trabajo Social UNLP y el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (en adelante: RENATEA).

En esta oportunidad nos interesa analizar las condiciones laborales actuales de los trabajadores rurales del periurbano platense, considerar los riesgos a los que esta población se encuentra expuesta e identificar la orientación de las políticas públicas dirigidas al sector en términos de protecciones/desprotecciones de los trabajadores.

Para el desarrollo de la investigación, partimos del análisis de fuentes de datos secundarias y primarias. La metodología que aplicamos en la investigación es cualitativa; la técnica, entrevistas en profundidad a trabajadores rurales del periurbano platense y el muestreo, no probabilístico, habiendo realizado a la actualidad once entrevistas a trabajadores agrarios de dicha localidad[3] a partir de guías especialmente diseñadas para estos estudios.

[3] Está previsto ampliar el tamaño de la muestra a partir del trabajo de campo que desarrollaremos durante 2018.

2. Acerca de las condiciones, medio ambiente del trabajo y riesgos psicosociales

Para analizar las condiciones y medio ambiente de trabajo (en adelante: CYMAT), nos posicionamos en la perspectiva renovadora; las cuales se encuentran constituidas tanto por los aspectos socio-técnicos y organizacionales como por los factores de riesgo del medio ambiente de trabajo (Neffa: 2015). Asimismo, consideramos los aportes teóricos inherentes al abordaje de los riesgos psicosociales del trabajo (en adelante: RPST).

Los factores que consideramos como parte de las CYMAT a nivel macro-económico y social son por un lado los factores estructurales; las formas institucionales (funcionamiento del mercado de trabajo, normativa, sistema de seguridad social, relaciones de trabajo –entre otros aspectos–) y las condiciones generales de vida. Nos interesa resaltar que forman parte de las CYMAT las políticas públicas y regulaciones orientadas a la actividad.

En tanto, los factores a nivel micro social son los inherentes a las características de los establecimientos u organización donde se desarrolla la actividad laboral, sistemas de relaciones de trabajo, naturaleza del servicio prestado o producto generado, tipo de tecnología, etc.

Asimismo, conforman a las CYMAT el proceso de trabajo en el cual podemos plantear que se conjugan los medios de trabajo, el trabajo humano y los objetos de trabajo.

Parte de las CYMAT están determinadas por el medio ambiente de trabajo y por las condiciones en las que el mismo se desarrolla; estos aspectos están incididos por el proceso de trabajo en términos de la organización, contenido, duración y configuración del tiempo de trabajo, sistemas de remuneración, aspectos ergonómicos; modo de gestión de la fuerza de trabajo.

En nuestro estudio analizamos la influencia de todos los factores que integran dichas condiciones de manera global y unificada, refiriéndonos a ello con el término de carga global de trabajo, que resulta de la carga física de trabajo, psíquica y mental, provocando efectos sobre la vida y salud de los trabajadores,

en función de las características personales, las posibilidades de adaptación y de resistencia a los factores de riesgo. En cuanto a los determinantes estructurales de los RPST, son fundamentalmente las condiciones de trabajo, organización, contenido y relaciones sociales en el trabajo los que pueden afectar la salud de los trabajadores.

En esta oportunidad, presentamos resultados obtenidos en la investigación a la que aludimos precedentemente, realizada en 2015 y avances del estudio que estamos llevando adelante desde 2017 en el periurbano platense.

3. Breve caracterización del Periurbano Platense

Cuando pensamos en cuestiones relacionadas al trabajo agrario lo hacemos, habitualmente, en términos de una dualidad "campo-ciudad" que es tranquilizadora y ordenadora, ya que nos indicaría dos escenarios con características y límites bien marcados y distintivos. Pues bien, no es esa escena la que se visualiza en el periurbano platense, un territorio de bordes y difusiones que intentaremos caracterizar a continuación.

Por un lado, aunque se dan actividades agrarias, el periurbano platense no puede ser pensado como una zona rural tradicional, ya que por tal cosa suele entenderse a espacios que poseen una relación muy cercana con la naturaleza y una cierta dispersión poblacional. Siendo así, esa imagen tendría más que ver con los territorios de agricultura extensiva tradicional del interior del país más que con nuestro espacio de estudio (García, 2011). Para poder graficar aún más las características distintivas del periurbano platense es que, a continuación, haremos un somero repaso histórico sobre la constitución del mismo hasta la actualidad.

Desde sus inicios, la ciudad de La Plata fue una experiencia inusual. La misma fue planificada y diseñada previamente a ser habitada siguiendo los preceptos positivistas de la generación del '80 que gobernaba el país. Así, se pensó tanto en un espacio que diera respuesta a las demandas político-administrativas, de vivienda a los funcionarios y de provisión de alimentos de

la población. Para ello se siguió un esquema que, de alguna manera, recreaba una serie de de anillos concéntricos con una lógica económico-productiva en torno al centro urbano que conformaría el mercado de consumo. Así, el primer anillo en torno a la ciudad lo constituiría la zona productora de leche y horticultura, luego la producción forestal y de cereales y luego agricultura y cría de ganado intensivo, primero y extensivo después. Cómo se verá, la disposición también respondía a la intencionalidad de poseer los alimentos frescos o perecederos más accesibles y cercanos que los no perecederos.

Así, en inicio se constituyó en torno a La Plata una importante zona de quintas y cría de aves de corral que eran llevadas adelante, centralmente, por familias migrantes que iban llegando al país y asentándose producto de políticas migratorias que pretendían atraer contingentes ultramarinos para la conformación del Estado nación proyectado.

El proceso de crecimiento del periurbano se fue dando paulatina y sostenidamente hasta su consolidación, como tal, a mediados del siglo XX, período este coincidente con un par de intervenciones estatales que fortalecieron el sector. Dentro de las más salientes podemos mencionar a la ley de nacionalización de grandes latifundios durante la presidencia de Perón en la cual se negocian fracciones importantes de tierras para ser incorporadas a la actividad agraria a través del Consejo Agrario Nacional. Así surge, por ejemplo, Colonia Urquiza, en la localidad de Melchor Romero la cual, si bien en principio estuvo destinada a la actividad hortícola por parte de productores inmigrantes europeos, a partir de la década de los 60 y como consecuencia de un convenio entre el Estado argentino y el de Japón, se empieza a poblar por familias oriundas de ese país, las cuales le irán dando fuerza y forma a uno de los sectores que hoy día lo componen, como lo es el florícola, el cual es llevado adelante con centralidad de empresarios japoneses entre sus actores principales.

Como adelantamos líneas arriba, la consolidación del cordón hortícola platense se da a mediados del siglo XX, entre

otras razones, por el impulso de la llamada "revolución verde" que tuvo efectos en todo el mundo, la cual tiene que ver con la incorporación de tecnologización del sector rural, la incorporación de semillas híbridas en los cultivos, sistemas de riego, agroquímicos y otros elementos que harán que la capacidad productiva pueda intensificarse en mayores rendimientos en relación con la extensión de los terrenos. Con la llegada del invernáculo por la década de los 80, la zona termina de ganar una definitiva distinción en importancia y capacidad productiva, no solo en la región sino en el país, constituyéndose en parte del polo de producción de verdura fresca más grande en el territorio nacional. En los últimos años, además, también ha ido creciendo un importante polo de producción avícola en la zona, lo cual refuerza y diversifica la importancia productiva que la zona ya representaba en el sector hortícola y florícola.

En coincidencia con lo anterior, es a partir de la década de los 80 que se empieza a dar un fenómeno sostenido hasta la fecha como lo es la gran afluencia de población migrante, sobre todo boliviana, en la zona; proceso que se verá fortalecido con posterioridad a partir de intervenciones estatales como la ley migratoria del 2003, la cual facilita la radicación, entre otras cuestiones. Así, la población boliviana pasará a convertirse en un actor central del periurbano platense, pasando por distintos momentos de inserción y diferenciación dentro de la estructura productiva, no siempre muy fácilmente reconocibles o delimitados, sea como mano de obra (peones), instancias intermedias (mediería, porcentajeros, etc) hasta convertirse en productores o empresarios capitalistas "con rasgos campesinos" (García, M. En: Feito, 2014).

Por otro lado, el territorio del periurbano platense, por su cercanía a la ciudad, se ha visto tensionado por una gran puja inmobiliaria en los últimos años y los procesos de valorización de la tierra que ello conlleva ya que, más allá de que allí se desarrolle actividad agraria, la demanda de tierras para construcción urbana y el crecimiento de la ciudad hacia sus bordes

hace que se encarezca el valor de las mismas y se dificulte el sostenimiento de muchas familias productoras.

Como se ha visto, el periurbano se constituye como un territorio heterogéneo desde su composición poblacional y diversidad productiva, difuso desde las formas de inserción productiva y los límites que presenta respecto a la ciudad, todo lo cual no hace más que dificultar la visibilización de los trabajadores agrarios, máxime cuando estos se desarrollan en condiciones de trabajo sumamente riesgosas y desfavorables.

4. Sobre las condiciones laborales deltrabajo rural en el periurbano platense

4.a. Políticas públicas orientadas a la actividad agraria

Considerando que las políticas públicas forman parte de las CYMAT, partimos del análisis de las mismas desde una perspectiva histórica, destacando hitos relevantes en lo que hace a la protección/desprotección de los trabajadores del sector.

La actividad rural en Argentina desde la constitución del Estado-nación estuvo más ocupada en considerar los aspectos inherentes a la producción y a la rentabilidad y no las condiciones de vida y laborales de los trabajadores. Es recién en 1944 con el Estatuto del Peón Rural que se reconocen los derechos de este grupo de trabajadores y se generan desde las políticas públicas del primer peronismo una serie de medidas que tienden a la protección de los trabajadores. Sin embargo en los gobiernos siguientes, la aplicación de dicho Estatuto fue parcial hasta que en los ochenta el último gobierno de facto lo derogó retomando un ciclo caracterizado por la ausencia de políticas específicas a esta actividad. Hacia fines de los noventa se crea el Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores –RENATRE– aunque se le asignan las funciones a un ente conformado por la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores –UATRE– Sociedad Rural, Confederación Rural Argentina y otros actores patronales pero sin representación estatal.

En 2011 y en el marco de una reorientación de las políticas públicas –iniciada en 2003– que se crea el Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios –RENATEA– reemplazando al RENATRE. Este nuevo ente se creará como autárquico pero bajo esfera del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. De esta manera el Estado vuelve a tener incidencia en la actividad laboral agraria ya que este organismo será el encargado de registrar y fiscalizar las condiciones de trabajo de los trabajadores agrarios en relación de dependencia, generar actividades de capacitación laboral y difusión de derechos, acompañar y fortalecer emprendimientos productivos, intervenir y abordar problemáticas de trata de personas con fines de explotación laboral y trabajo infantil, entre otras funciones.

Unos años más tarde a la creación del RENATEA y en el mismo sentido de fortalecer estatalmente el sector, se sanciona la ley 27.118 de "Reparación histórica de la agricultura familiar, campesina e indígena para la construcción de una nueva ruralidad en la Argentina", la cual intenta promover modalidades de desarrollo rural sostenible, partiendo de la diversidad productiva y armonía con el medioambiente.

En términos generales podemos distinguir las transformaciones que rápidamente se fueron operando orientadas a la actividad a partir de la asunción en diciembre de 2015 del gobierno de la Alianza Cambiemos.

Los avances generados son abruptamente interrumpidos con el triunfo de dicha Alianza ya que desestructura gran parte del andamiaje estatal desarrollado en la etapa previa transformando y reorientando Ministerios –se da la creación del Ministerio de Agroindustria, por ejemplo–, quitando retenciones a grandes productores del sector agrario altamente concentrados, disolviendo el RENATEA y restableciendo el RENATRE en manos de los representantes del sector empresario/empleador y sin arbitraje estatal. Es decir, se orienta el Estado como garante de los privados una vez más, en perjuicio de los sectores más desfavorecidos que vuelven a quedar desprotegidos y vulnerables, por la imposibilidad de contar con el acompañamiento del Estado.

Entendemos que en términos generales se trata de una población de trabajadores que excepto en los específicos hitos históricos que identificamos se ha encontrado expuesta a afrontar sin protecciones especialmente dirigidas a su actividad los riesgos y contingencias del trabajo.

El trabajo agrario se suele llevar a cabo en condiciones de precariedad laboral, aspecto que se ha profundizado por las políticas implementadas en el actual contexto y específicamente a partir de la disolución de RENATEA. Cabe señalar que la Ley de Trabajo Agrario cumple una función de protección a los trabajadores, pero no están dadas actualmente las condiciones para el control de su cumplimiento a partir del cambio en la orientación de las políticas orientadas a la actividad desde 2015.

4. b. Tiempos y contenido de trabajo; formas de contratación y remuneración

La duración de las jornadas laborales es sumamente extensa; no se encuentra determinada por un horario de trabajo predeterminado sino por el volumen de tarea y por condiciones climáticas; una entrevistada expresaba al respecto lo siguiente: *"en este tiempo nos levantamos más temprano, tiene que ser más temprano para salir diez y media, once, porque el sol sino te mata en el invernadero"; "nos levantamos al amanecer o antes también y ya empezamos a trabajar. A veces, hasta altas horas estamos limpiando cebolla"*. El hecho de que las viviendas se encuentren emplazadas en el mismo campo donde se trabaja, dificulta aún más la posibilidad de establecer una diferenciación entre la jornada laboral y el tiempo destinado a otras actividades. Para el caso de las mujeres particularmente –quienes en general son quienes sostienen las tareas de cuidado y responsabilidades familiares–, el trabajo doméstico y extra-doméstico se superpone.

Los tiempos dedicados al ocio son nulos, ni son contemplados como un horizonte de posibilidad para los trabajadores. Los entrevistados caracterizan al trabajo como "esclavo", entre otras

cuestiones porque quedan sometidos al clima y a la evolución de los cultivos: *"hay que carpir o descardillar o limpiar o hacer carga, hacemos todo eso, todo el día porque el yuyo sino crece grande y es más costoso después…"* (entrevistada, 43).

Las formas remuneración varían; para algunos entrevistados éstas no resultan claras, lo que se debe a la precariedad laboral y a los difusos modos de contratación o formas de organización de los trabajadores. Hay entrevistados que plantean que sólo cobran un porcentaje de lo vendido en caso que la producción llegue a ser comercializada; en otros casos trabajan por jornada. La mediería soslaya la relación salarial entre patrón-empleado (Gabrinetti y otros, 2015) *"es el patrón el que establece el valor de venta de la producción. él recibe la paga"*. Los entrevistados plantean que sólo cobran un porcentaje de lo vendido en caso que la producción llegue a ser comercializada; en otros casos trabajan por jornada. Estas situaciones de algún modo difusas de contratación desdibujan en algunos casos las posibilidades de conocer y defender sus derechos como trabajadores.

4.c. Trabajo rural y salud: representaciones y prácticas

La exposición que tienen los trabajadores a pesticidas y agroquímicos es muy grande aunque el nivel de conocimiento y la conciencia que pueden tomar de ello es dispar, ya que no todos poseen un grado de información homogéneo al respecto. Por otro lado, los empleadores suelen no proveer los elementos de protección. También se dan los casos en los que los trabajadores, aún teniendo elementos de protección disponibles, no los utilizan por cuestiones que tienen que ver con su creencias y representaciones que relativizan la nocividad de los productos, las cuales van desde "remedios" para curar las plantas a "venenos para los bichos". Esta dualidad atenta, muchas veces, al cuidado de la salud de los trabajadores (Gabrinetti y Schiavi, 2017).

Nos preguntamos si el hecho de negar las implicancias para la salud de los plaguicidas y conformar la representación de

que éstos son "remedios" para curar a las plantas pueda asociarse con la conformación de una estrategia defensiva colectiva (Dejours, 1990) frente al riesgo del orden de lo real que estos productos imponen: *"he escuchado que hay problemas, pero no he visto nunca, me cuentan sí, pero la verdad no pasó nada. Así yo escucho de problemas, pero lugares lejos debe ser, no cerca"* (entrevistado, 63 años).

En otras ocasiones, en cambio, se vinculan efectos en la salud con el uso de plaguicidas, como el caso de alergias, lo que conlleva a generar prácticas laborales particulares, como es el caso de la distribución de tareas en función del género: *"él* –en referencia a la pareja– *cura porque soy medio alérgica al veneno*" (entrevistada, 36 años).

4.d. Carga de trabajo física, psíquica, mental y global

El tipo de tareas que se realizan genera una importante carga de trabajo física. En efecto, el cuerpo ocupa un lugar de centralidad en la ejecución de las tareas que demandan desplazamientos, trabajos de fuerza, traslado de peso. Los entrevistados aluden a dolores físicos que vinculan con el esfuerzo realizado en la labor: *"el trabajo es estar agachado siempre… en la espalda hay dolores. A veces cuando uno está llevando peso, se desgarra también al costado. Hay muchos dolores"* (entrevistada, 43 años).

Frente a las consecuencias que el trabajo tiene en la salud, los entrevistados tratan de paliar dichos efectos con analgésicos para poder continuar desarrollando su actividad laboral; cuestión estrechamente vinculada con la precaria situación laboral de los consultados.

La carga mental comprendida como los requerimientos del trabajo en cuanto a mecanismos de tipo cognitivo, en esta actividad, se establecen estas exigencias en contacto con variables de la naturaleza, en las cuales se decodifican las informaciones que los cultivos brindan respecto a su tamaño, color, aspecto así como la adopción de decisiones de tomar al respecto.

Los modos de contratación y remuneración inciden en que el trabajo también produzca una carga psíquica relevante. Los temores por las inclemencias del clima, sus efectos en la producción y por ende en la remuneración generan ansiedad fundamentalmente en los trabajadores que cobran por lo vendido.

Las dificultades de acceso a la tierra genera ansiedad. Asimismo, las condiciones climáticas y las pestes se transforman en una amenaza para los trabajadores entrevistados y de este modo la vivencian, influyendo en la carga psíquica de trabajo.

Estos tres tipos de carga conforman la carga global de trabajo, relevante en esta actividad e incrementada por las precarias condiciones laborales.

5. Trayectorias de vida y labores de los trabajadores rurales del periurbano platense

En otro orden, contemplamos que las trayectorias de vida y laborales de los trabajadores rurales que hemos entrevistado mayormente se circunscriben a esta actividad y que en ella también han forjado sus trayectorias de trabajo la propia familia de los entrevistados. En este sentido, nos preguntamos qué percepciones y valoraciones tienen los trabajadores sobre las condiciones laborales en tanto puede darse cierta naturalización de dichas condiciones o en cambio tener conciencia de los derechos que les atañen y organizarse para luchar por ellos.

En torno a estos aspectos es que hemos indagado por las trayectorias de vida y laborales. Así, por ejemplo, una entrevistada planteaba: *"yo me crié desde chiquita trabajando. Me crié así, sufriendo en la quinta"* (entrevistada, 36 años). La concepción del sufrimiento como un aspecto inherente al trabajo está muy arraigada entre los entrevistados y se intensifica cuando el entrevistado/a es migrante por esta condición. Es significativo que no se alude a reconocimientos, gratificaciones ni a la posibilidad de encontrar placer en el desarrollo de la actividad rural lo que se relaciona con las adversas condiciones en las que este trabajo se desarrolló y es frecuente que este sufrimiento se

inscriba en el recuerdo de la niñez. En aquellos casos puntuales que se realizó alguna actividad laboral diferente, se menciona el de construcción, específicamente como albañiles en los hombres y como empleadas domésticas las mujeres.

Entre los entrevistados que conforman la muestra hay una porción de migrantes oriundos de Bolivia, otros del interior del país. El motivo de la migración ha sido el de la búsqueda de mejores oportunidades de trabajo. Es frecuente que la vivienda de los entrevistados se encuentre emplazada en el mismo campo donde trabajo y que éstas sean de madera, así como que el espacio sea de un ambiente en el que cual convive la familia y que no cuenten con agua potable. Teniendo en cuenta el análisis realizado anteriormente sobre el periurbano platense, los trabajadores se sienten inseguros en sus viviendas; por este motivo suelen construirlas próximas a otras familias, con el fin de obtener más seguridad.

En cuanto a la trayectoria laboral, ésta comienza en edades tempranas, como una forma de ayuda en el hogar. Suelen ser los padres de los entrevistados quienes les han enseñado y transmitido el saber-hacer en el trabajo. En el caso de algunas mujeres, han sido sus parejas quienes les han enseñado a realizar las tareas. En el caso de la población boliviana han tenido que adaptarse a las particularidades del clima y de la tierra, exigiendo estas condiciones un proceso de aprendizaje en un nuevo lugar, con características diferentes al territorio conocido. En los casos que los extranjeros no cuentan con documentación, las posibilidades laborales se restringen y precarizan aún más e incluso la remuneración tiende a ser menor. Algunos entrevistados manifestaron que como una estrategia de generación de ingresos, combinan la actividad rural con changas.

6. La organización y lo colectivo: la posibilidad de un horizonte de salida desde la perspectiva de trabajadores

Partimos de entender a lo "colectivo" no como algo que está "dado" sino que es construído en base a la cooperación,

generando en ese proceso lazos de confianza, interdependencia y obligación mutua que permiten generar interpretaciones compartidas y soluciones colectivas a los problemas enfrentados (Wlosko, 2013).

Observamos que en la actualidad el achicamiento de espacios de protección, seguridad social y fortalecimiento de los lazos sociales aumenta las cuotas de sufrimiento que las actividades laborales de los productores ya poseen, por lo que la creación de espacios colectivos de organización ayudan a contrarrestar la situación, constituir identidad política y ganar fuerza en tanto trabajadores.

Una trabajadora entrevistada que integra una organización plantea que: *"...Ahora estamos más organizados que nunca, con este gobierno que nos pasó, antes era más fácil participar de una organización; hoy nos cuesta bastante, pero estamos, gracias a Dios, más organizados que nunca en este momento y seguimos adelante (...) seguimos en la lucha y bueno... participantes en la lucha que salga, tenemos que estar de pie" (*entrevistada, 35 años).

Reforzando lo anterior, se han dado en los últimos tiempos, experiencias de organización más amplias, entre varios sectores, lo que les ha permitido proyectar juntos, irrumpir en la escena pública e instalar reclamos y reivindicaciones en el centro de la vida política de las grandes urbes. Ejemplo de ellos son los "tractorazos" o paros quinteros, los "verdurazos" en el centro de Ciudad de Bs. As. o las manifestaciones a la gobernación en ciudad de La Plata que se vienen dando en los últimos dos años. La conformación interorganizacional llamada "Mesa regional" es ejemplo de estos nuevos procesos:

"...Como mesa regional se están presentando por primera vez proyectos en conjunto con todas las organizaciones que casi coordinamos en las mismas necesidades...son banco de insumos, fondo rotatorio, asesoramiento técnico...todas esas cosas estamos coordinando para presentar un proyecto grande que se va como mesa regional." (entrevistada, 35 años).

Entendemos que estas experiencias de colectivización también son modos de elucidación y desnaturalización del sufrimiento; de generar procesos de autovaloración del trabajo y proyección de salidas posibles así como de construcción conjunta de alternativas a las vivencias que hoy les generan el trabajo y sus condiciones.

Es de destacar que en la actualidad, la desconfianza o el descontento que las familias de pequeños productores presentan al modelo de organización propuesto por la UATRE es contrarrestado con modos de organización participativos, solidarios y transversales que funcionan tanto como resistencia al horizonte presente pero también como esperanza de construcción de un futuro más inclusivo y justo.

7. Reflexiones sobre las condiciones de trabajo, las prácticas, representaciones y la conformación de un colectivo de trabajadores

A lo largo del artículo analizamos en primer término las características del periurbano platense, lo que nos permitió identificar las particularidades que ofrece esta localización geográfica en tanto borde, entre lo rural y la urbe donde se emplaza la actividad que se desarrolla.

Como dimensión que integra las CYMAT, también hicimos un análisis en clave histórica respecto a las políticas públicas orientadas a la actividad agraria. Consideramos las dimensiones que conforman las CYMAT y los riesgos psicosociales a los que se encuentran expuestos los trabajadores delineando las características del desarrollo del trabajo en materia de horarios, ritmos, contenido, formas de contratación y de remuneración. Asimismo, abordamos el modo en que estas condiciones se articulan con las cargas de trabajo psíquica, mental y física contribuyendo a generar una importante carga global de trabajo.

Hemos articulado dichas CYMAT con las representaciones y prácticas, las que entendemos atravesadas por las propias trayectorias de vida y laborales. En este sentido, articulamos

las condiciones de trabajo objetivas con las subjetivas, en la construcción de conocimiento sobre las condiciones laborales de la actividad en el periurbano platense.

A partir del análisis realizado, podemos reconocer la precariedad de las condiciones laborales, las que se han ido constituyendo de este modo a lo largo de la historia en Argentina, a excepción de determinados hitos en los que se ha fomentado y procurado la protección de los trabajadores. Sin embargo, los avances en este sentido no han encontrado continuidad en el tiempo favoreciendo la situación de desprotección de los trabajadores agrarios; por otra parte, las trayectorias de vida y laborales de los entrevistados inciden en que ellos tiendan a naturalizar dichas condiciones a lo que se suman las particularidades del periurbano, que solapan o invisibilizan el trabajo de los productores de la región, donde este se diluye en la periferia entre lo rural y lo urbano.

Caracterizamos a las CYMAT del trabajo agrario como precarias por la escasa protección de la actividad; la vulnerabilidad a la que se encuentran expuestos los trabajadores; las difusas e incluso inestables relaciones laborales, que se articulan con lo irregular de sus remuneraciones; lo extenso e intenso de las jornadas laborales; la exposición con escasa regulación –o sin las condiciones para el concreto cumplimiento de la misma– a pesticidas que afectan la salud de los trabajadores. Sus prácticas y representaciones se conforman en torno a las trayectorias de vida, laborales y a las condiciones de trabajo, naturalizando a dichas condiciones. El sufrimiento como característica propia de las vivencias que los trabajadores entrevistados relatan sobre su trabajo es la contrapartida de estas condiciones laborales.

Frente a este escenario, la posibilidad de conformación de un colectivo de trabajadores agrarios se presenta como un horizonte de transformación, implica reconocerse como trabajadores, conformando una identidad de sí como tales, reconociendo la relevancia y aportes de su labor, identificando sus derechos, cuestionando el sufrimiento que tradicionalmente ha

atravesado al desarrollo de la actividad y fundamentalmente, dando paso a la posibilidad de convertirse –aún en el adverso contexto actual– en sujetos con capacidad de agencia, de modificar las condiciones de trabajo o de generar la posibilidad de confluir en demandas organizadas para que ello ocurra.

Las particularidades del actual escenario dificultan dicha organización; sin embargo, las experiencias de los trabajadores organizados que comenzaron a nuclearse –fundamentalmente en la etapa anterior y persisten en esta línea frente a la actual coyuntura–, se presentan como un intento y como una posibilidad de transformación. Por último, pensamos que desde el ámbito académico se puede fortalecer esta posibilidad a través de la articulación de conocimiento con las organizaciones de trabajadores.

Bibliografía

Benencia, R (1997) Transformaciones en la horticultura periurbana bonaerense en los últimos cincuenta años. El papel de la tecnología y la mano de obra. https://periferiaactiva.files.wordpress.com/2012/08/roberto-benecencia.pdf Consulta realizada 1/12/2015.

Benencia, R. (2004) Trabajo y prejuicio. Violencia sobre inmigrantes bolivianos en la agricultura periférica de Buenos Aires. Revueeuropéenne des migrationsinternationales [En ligne], vol. 20 - nº 1 | 2004, mis en ligne le 25 septembre 2008, consulté le 21 octobre 2015. URL: http://remi.revues.org/291; DOI: 10.4000/remi.291.

Bourdieu, P. (1980). Le sens pratique, París, Ed. de Minuit [El sentido práctico, Madrid, Taurus, 1991.

Dejours, C. (1990). Trabajo y Desgaste mental. Buenos. Aires: PIETTE-Lumen Humanitas.

Gabrinetti, Mariana y otros (2016) Diagnóstico de las condiciones del trabajo; de las percepciones, valoraciones y vivencias sobre dichas condiciones por parte de los trabajadores del sector agrario en Gran La Plata, Renatea-UNLP, disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/59704

Gabrinetti, Mariana y Schiavi, Marcos (2017) El mundo del trabajo en el periurbano platense. Aportes para el debate en torno al trabajo agrario actual, sus representaciones y prácticas. Ponencia presentada en XII Jornadas Sociología, UBA Disponible en: http://jornadasdesociologia2017.sociales.uba.ar/altaponencia/?acciones2=ver&id_mesa=88&id_ponencia=938

Gabrinetti, Mariana; Diz, María José; Canelo, Natalia y Schiavi, Marcos (2017) Periurbano platense: políticas públicas y condiciones de trabajo agrario. Ponencia presentada en las X JIDEEP, Facultad de Trabajo Social, UNLP. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/64108

García, Matías (2011). Análisis de las transformaciones de la estructura agraria hortícola platense en los últimos 20 años. El rol de los horticultores bolivianos. Tesis de doctorado en ciencias agrarias y forestales UNLP. http://hdl.handle.net/10915/18122

Feito, María Carolina (Comp.) (2014) Migrantes bolivianos en el periurbano bonaerense. Memorias, producciones, trabajo y organizaciones. Disponible en: http://inta.gob.ar/sites/default/files/script-tmp-inta_-_migrantes_bolivianos_final.epub

Neffa, J. C. (2015). Los riesgos psicosociales en el trabajo: contribución a su estudio, Libro digital, Buenos Aires: CEIL PIETTE, CONICET.

Wlosko, Mirian. Subjetividad y trabajo. Transformaciones en el mundo del trabajo. Consecuencias para la salud mental. Colegio de Psicoanalistas. 11/07/2013. Disponible en: http://www.coldepsicoanalistas.com.ar/biblioteca-virtual/leer/?id=73 consulta realizada 05/03/2018

Páginas Web consultadas

Ley de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/240000-244999/241352/norma.htm Consulta realizada 27/02/2018.

V. TETTAMANTI

ENTREVISTAS

Menudencias

Mientras se pegaban los fideos,
se presentaron Freud, Kavafis y Anna Freud.

El primero y la tercera habían sufrido
vejaciones. Un amor incestuoso fílmico.
Y las neurosis más variadas.

Les dije que lo sabía
pero que no podía dejar de sospechar
que estaba dentro de un pollo
pichicateado,
mal dormido
o con evidente
interrupción de la cadena de frío.

En el medio, Kavafis, se limitaba a leer
de atrás hacia adelante:
una manera de oponerse
a los poemas sujetos a ley.

Autor: *Andrés Szychowski*

Entrevista al padre Gustavo Oscar Carrara

El martes 26/12/2017, entre las 17.00 y las 18.30 horas, se realizó una entrevista con el padre Gustavo Oscar Carrara, quien recientemente fue nombrado por el Papa Francisco como el primer "obispo villero" de la historia[1]. La charla se desarrolló en la Parroquia "Santa María Madre del Pueblo". La concreción del día y hora del encuentro pudo lograrse con motivo de que el Padre Carrara recibiese el 11/12/2017, junto con la Señora Lita Boitano, la Segunda Edición del Premio de Derechos Humanos "Alicia Oliveira", entregado anualmente por la DPCABA,

[1] El 16/12/2017 fue ordenado Obispo auxiliar de la Ciudad de Buenos Aires por el Cardenal Mario Aurelio Poli y el presidente de la Conferencia Episcopal Argentina, monseñor Oscar Ojea, en la Catedral de la Ciudad de Buenos Aires.

en un acto presidido por Alejandro Amor, Defensor del Pueblo de la CABA.

La idea surgió de diálogos conjuntos, abiertos y solidarios, acariciados desde hace meses, mucho antes de que se conociera la nueva responsabilidad religiosa como "Obispo auxiliar", y gracias a la inmensa benevolencia del entrevistado. La charla fue completamente abierta, sin sujeción a ningún temario o problemática acordada con anterioridad. Su tarea pastoral, fundamentalmente con los excluidos del sistema –pobres y vulnerables–, alentó las conversaciones de quienes serían los entrevistadores. En tal sentido, se reunió un grupo interdisciplinario integrado por profesionales de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (DPCABA) y de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Participaron como entrevistadores Diego A. Dolabjian (profesor adjunto –int.– de Derecho constitucional, FDER/UBA); Raúl Gustavo Ferreyra (profesor titular de Derecho constitucional, FDER/UBA y consultor de la DPCABA); Diego Marcelo Pinillos (profesor titular DemCom, Ciencias de la Comunicación, Facultad de Ciencias Sociales/UBA); Juan Pedro Gallardo (Licenciado en Ciencias de la Comunicación, Facultad de Ciencias Sociales/UBA y DPCABA); María Gracia Quiroga (Licenciada en Psicología/USAL y Directora en la DPCABA) y Leonardo Moumdjian (Licenciado en Ciencias de la Comunicación/UADE y periodista de Radio Splendid). También participó, en un rol fundamental, Débora Loreley Fernández (estenotipista y abogada, FDER/UBA).

Entrevista al Padre Gustavo Oscar Carrara

Leonardo Moumdjian: Primero, quisiéramos conocer cómo fue su acercamiento a la Iglesia. ¿Cuándo fue el momento en que comenzó? Sabemos que usted tiene mucha cercanía a Luján, que allí se bautizó y seguramente también lo marcó mucho. Pero quisiéramos saber un poco el contexto. ¿Por qué después llegó a este tipo de barrio? ¿Cuál es la sensibilidad, la filosofía,

lo que –a lo largo del tiempo– fue trayéndolo a usted hasta estos barrios carentes, a estas villas? Creo que hay que decirlo de esta forma, sin tener ningún tipo de prurito, porque me parece que a las cosas hay que llamarlas por el nombre sin, por supuesto, estereotiparlas de ninguna manera.

Padre Carrara: Soy nacido y criado en Lugano, acá en el barrio cerca. Además del bautismo, mi acercamiento con una parroquia empezó en el colegio parroquial "Del Niño Jesús" en el barrio Lugano, sobre la calle Murguiondo. A los cinco años mis papás me anotaron en la primaria y ahí me recibió, en la primaria, el padre Héctor Botán.

Antes de ser párroco del Niño Jesús, el padre Héctor Botán ya venía trabajando en las villas, en ese primer equipo de villas de los padres Mugica de la Sierra, Goñi, Vernazza, Ricciardelli. De hecho, fue el párroco del padre Ricciardelli allá en la Villa 20. Yo no sabía nada de eso, evidentemente, y él me dio la primera comunión. Tengo una foto con él dándome la primera comunión.

Después hice mis estudios secundarios en la escuela pública de Comercio Nº 12 en Lugano, que tenía una impronta así también de diálogo con la fe. De hecho, el sobrenombre del "Comercial 12" es "Juan XXIII"[2]. En mi adolescencia me fui acercando a la parroquia por la catequesis, por jugar al fútbol todos los domingos –no es que me destaco, pero soy perseverante jugando–. Eso me gustaba de los curas que estaban ahí: que nos llevaban de campamento, nos organizaban, nos escuchaban mucho, nos daban confianza en responsabilidades y también nos daban un ámbito para jugar y estar con los amigos, que así eso un poco marcó también mi adolescencia. La verdad es que me gustaba cómo eran los curas con nosotros, y un día se me encendió la pregunta: ¿por qué yo no ser cura? Ahí arranqué al poco tiempo el seminario. Para estudiar entré a los 17 años, cumplí 18 ya en el seminario, jovencito.

---

[2] Ubicado en la calle Aquino 6040, en el barrio de Villa Lugano, CABA.

¿Cómo llego? Una vez ordenado sacerdote estuve en varias parroquias. Estuve en Nuestra Señora de la Misericordia de Mataderos primero como diácono; después estuve en Nuestra Señora de Luján de los Patriotas, también ahí en Mataderos, Liniers, como cura estuve cuatro años.

Después estuve tres años en San Cayetano de Liniers, que para mí fue un acercamiento grande a este mundo de los barrios porque va mucha gente de fe popular y el servicio social del santuario es muy fuerte también. Ahí estuve a cargo un poco del servicio social como sacerdote referente, aunque había un universo de trabajadores y voluntarios muy grande, pero en el santuario aprendí mucho también lo que es la piedad popular y la cuestión social.

Luego estuve un año en la Redonda de Belgrano, en la Inmaculada Concepción. O sea, a todas esas parroquias iba con la línea del 80. Cuando aprendí a viajar con otro colectivo me cambiaron. Fui el primer párroco de Virgen Inmaculada del barrio Carrillo. En ese momento el cardenal Bergoglio me llamó y me dijo que iba a separar el territorio porque ya el volumen de población era muy grande y le parecía que había que ir haciendo gradualmente unas parroquias.

Raúl Gustavo Ferreyra: ¿Cuándo fue, más o menos, que usted lo conoce a Jorge Bergoglio?

Padre Carrara: Yo lo conozco a él en el año 1992 en una misa. Él era obispo de la zona Flores y yo era seminarista en la Parroquia "Del Niño Jesús" de Lugano. Era mi segundo año de seminario y fue la primera vez que lo vi y que tuve un pequeño diálogo con él, que de hecho me acuerdo que marqué en el libro "habría que dar esta bendición" y él me dice "no, tiene que ser esta". Yo le marqué una de Navidad y él se sonrió. Finalmente eligió la que daba San Francisco.

Entonces, empecé ahí en el barrio Carrillo, Villa Fátima, en el 2007, en la parroquia que se creó Virgen Inmaculada y ahí entro a formar parte del equipo de curas de las villas. Después, acá, el 13 de julio de 2008 fallece el padre Rodolfo Ricciardelli

y en el 2009 vengo yo acá. Me dice el cardenal si podía pasar de allá a aquí con otros dos sacerdotes para acompañar esta parroquia y desde el 2 de marzo de 2009 estoy acá.

Diego A. Dolabjian: Quisiera hacerle una pregunta que tiene que ver con la obra que estamos viendo, con toda la actividad que aquí se realiza. Mi pregunta es si todo esto se puede hacer sin fe. Me imagino a usted levantándose todas las mañanas, frente a tantas carencias y dificultades, por un lado, pero a la vez con mayores demandas y necesidades más profundas, por el otro. ¿Cómo se hace? ¿Se hace sólo con fe? ¿Se puede hacer sin fe? ¿Cuánto es el peso de la fe en todo esto?

Padre Carrara: Uno lo que aprende en la piedad popular, que es el modo de vivir la fe que tienen los vecinos y vecinas de este barrio, es que la fe tiene que ver con la vida concreta y la vida concreta tiene que ver con la fe. Dios forma parte de la vida de todos los días, lo divino, lo sagrado. Acá no hay ni clericalismo ni secularismo. Hay una vivencia de lo sagrado como parte de la vida cotidiana. Creo que la fe es un gran motor y es importante, pero la fe que pide la concreción del amor y del amor al prójimo, al que más necesita.

También el deseo de vivir mejor es algo que te marcan los vecinos y vecinas de este barrio, porque si en su momento empezaron con chapas, cartones o madera, poco a poco fueron pasando también al ladrillo, a la casa con losa para albergar a los hijos y nietos. Entonces, esa mentalidad de querer vivir bien, con la añoranza de haber dejado lo que se dejó en busca de vivir bien, me parece que es un motor que está presente y la fe también es parte de ese dinamismo de querer salir adelante. Me parece que la misma gente del barrio te va moviendo.

Leonardo Moumdjian: ¿En algún momento le faltó la fe cuando veía las carencias y el sufrimiento cotidiano?

Padre Carrara: No, la fe se ve probada. Hay una definición clásica de Santo Tomás de Aquino que dice *cum assensione cogitare*, pensar asintiendo. La fe siempre se pregunta, se cuestiona.

Parte del camino de la fe es tener momentos de pregunta o de oscuridad. Entonces, sí los hubo y es parte del camino, lo veo normal.

Leonardo Moumdjian: ¿Cuál es la herramienta de la repregunta? ¿Qué respuesta encuentra a esas preguntas?

Padre Carrara: El trabajar en comunidad y en equipo. Si hay algo que los curas de las villas tienen históricamente es trabajar muy en equipo. Entonces, una cosa es cuando vos afrontás un desafío solo y otra cosa es cuando lo enfrentás en un equipo o comunitariamente; tenés otro respaldo. Por lo tanto, por ahí flaqueás vos pero el otro te levanta; cuando el otro flaquea vos lo levantás con tu optimismo, con tu deseo, con buscar la vuelta de otra manera. Creo que esa es una de las claves históricas del equipo de los curas de las villas, que el año que viene cumple cincuenta años. Es muy significativo.

Esos grandes curas que tuvieron la intuición de decir "nosotros tenemos que vivir en los barrios donde está la gente", y también esa gran capacidad de escuchar, porque ellos tenían una idea, lo dice el padre Vernazza en el libro *Una vida con los pobres*, donde él relata el comienzo de los curas de las villas, por lo menos hasta la entrada de la década del 80. Es un libro muy interesante. Ellos venían con una idea de lo que los vecinos y vecinas necesitaban, pero se abrieron y escucharon. Los vecinos y vecinas les fueron devolviendo que querían también otra cosa. Tuvieron esa grandeza de escuchar mucho.

Inspirados en los curas obreros de Francia, ellos decían "nosotros queremos ser un cura obrero". Entonces, había algunos que trabajaban en lo que encontraban para trabajar. El libro relata que uno lo hacía en una fábrica de ascensores, otro manejando un taxi, otro atendiendo una verdulería, otro en una carpintería, y así en la vida del obrero que era salir temprano y volver tarde. Ellos pensaban que ese era el modo de ser más solidario con los obreros, con los trabajadores.

Era una época muy difícil. Hoy la villa está más asentada. O sea, acá tenés que venir con una propuesta de qué vas a hacer. La

propuesta de erradicar ya no existe desde muchos puntos de vista. En esas primeras épocas –60, 70– era una realidad: en cualquier momento podían sacarte. Entonces, ¿qué decían los obreros a los curas? "Nosotros queremos que bauticen a nuestros hijos, que celebren la misa por los difuntos y que defiendan a nuestras mujeres y niños cuando nosotros nos vamos a trabajar". O sea, que haya hombres acá en el barrio. Por lo tanto, les cambió el modo.

Después también fueron obreros, porque con los vecinos ayudaban a que se haga el tendido de luz, a las incipientes cloacas; en la época de la dictadura militar generaron cooperativas de vivienda. Es decir, no renunciaron a su primer anhelo, pero empezaron a acompañar al modo en que la gente pedía que acompañaran. Me parece que es un ejemplo de una gran lucidez –el de estos primeros curas–, cuando uno se acerca desde otro lugar a vivir o a trabajar en las villas.

Raúl Gustavo Ferreyra: Quisiera volver al comienzo, porque es altamente probable que esta entrevista sea leída en otros países. En mi caso, es la primera experiencia de estar dialogando con un obispo auxiliar, con un padre que desempeña su labor ecuménica en una villa. Deduzco que toda su vida usted ha sido un nombre de fe. Usted ha manifestado los momentos de debilidad o de oscuridad que ha tenido, pero quizás para las personas que no son argentinas que lo van a leer o que lo van a escuchar también, ¿qué lecturas y qué conversaciones recuerda a lo largo de su vida dignas de ser mencionadas y recomendadas? ¿Qué es lo que a usted lo impresionó en la lectura o en la conversación, ya sea religioso o no religioso?

Padre Carrara: Me parece que no hay que dejar pasar por esta vida sin leer los Evangelios de Jesús. Esa fue una lectura que siempre he tenido, mantengo y a la que vuelvo.

No soy un intelectual pero siempre me gustó leer y el seminario ofrece posibilidades de leer. Alguna vez con algún sacerdote, que ahora también está trabajando en la villa, tuvimos un grupo de lectura de clásicos griegos. Leíamos ahí también en el seminario. Lecturas que se metían en otros puntos.

Después, lecturas también obviamente de un montón de textos filosóficos y teológicos, pero a su vez lecturas de textos más políticos, del peronismo también. O sea, no he leído mucho, pero me gusta leer.

Raúl Gustavo Ferreyra: ¿En qué año nació?

Padre Carrara: En 1973.

A mí me gustan los textos que de alguna manera tienen que ver con la humanidad. Por eso, de los clásicos griegos algunas cosas, Dostoievski en otro momento, textos que tengan que ver con lo social y lo político, que hacen a la vida concreta de las personas. Son textos que he leído, no muchísimo, pero que he leído y que me han enriquecido, cuando te encontrás con otro que va a la hondura de los problemas del ser humano.

Raúl Gustavo Ferreyra: Probablemente Fiodor Dostoievski es uno de los fundadores de la novela psicológica en el siglo XIX y como fundador es el que comienza a mostrar el lado más oscuro del alma humana, en *Crimen y castigo*, en *Los hermanos Karamázov*.

Padre Carrara: Sí, he leído unos cuantos de esos libros. Durante el seminario hay más tiempo para eso. Ahora se achica el tiempo. Leo un poco a la mañana. Para leer aprovecho bastante los colectivos y subtes. El tiempo del seminario es un tiempo en que había mayor espacio para la lectura y he leído bastante. Ya te digo, no soy un intelectual.

Diego A. Dolabjian: Para sumarme a la pregunta de Raúl Gustavo Ferreyra, ¿hay algún intercambio, una frase, una palabra de alguien que le haya impactado especialmente que pueda mencionar?

Padre Carrara: La verdad es que no se me viene, sino te inventaría alguna. Puedo inventar, pero no se me viene ninguna. Hay lecturas que me acompañaron en algunos períodos.

Raúl Gustavo Ferreyra: ¿Y conversaciones?

Padre Carrara: Sí, las conversaciones con amigos en las que uno puede abrirse con confianza y contar lo que a uno le está pasando son las que más valoro, donde uno puede mostrar más cómo uno es sin demasiadas defensas. Incluso en una entrevista uno está un poco a la defensiva, naturalmente. Las charlas con los amigos son las que más valoro. Después, me he encontrado con dos o tres personas que uno percibe que son distintas de alguna manera.

Raúl Gustavo Ferreyra: ¿Por ejemplo? ¿Puede mencionar?

Padre Carrara: Sí, hay un teólogo, que es el padre Lucio Gera, con el que alguna vez he tenido alguna conversación. Me parece que ha sido un hombre de una profunda sabiduría en muchos sentidos. Tuve la gracia de conversar alguna vez con él.

Otra persona que recuerdo es un hombre que se llama Jean Vanier, quien empezó a vivir con personas que sufren alguna discapacidad formando comunidad. El planteo de él es que, en el fondo, aquellos que no tenemos ninguna discapacidad –entre comillas– tenemos una discapacidad en el mundo de la capacidad de amar. Participé en un par de charlas de él, de un retiro, un encuentro que tuve, y me parece una persona –de las que conocí en vida– del talante, por ejemplo, de la Madre Teresa.

Raúl Gustavo Ferreyra: Ya que habló de la capacidad de amar, hago una pregunta un poco complicada, más siendo yo un agnóstico: ¿cree que el *Decálogo*[3] se puede escindir, como sostenía Duns Escoto? Es decir, quitar las cuestiones sociales y lo que era realmente irrenunciable era la capacidad de amar a Dios y que el resto era revisable, por decirlo de algún modo.

Padre Carrara: Si uno toma el Evangelio, que es la plenitud del *Decálogo*, es imposible separar el amor de Dios al amor del

[3] También conocidos como los Diez Mandamientos de la Iglesia católica: 1º Amarás a Dios sobre todas las cosas; 2º No tomarás el nombre de Dios en vano; 3º Santificarás las fiestas; 4º Honrarás a tu padre y a tu madre; 5º No matarás; 6º No cometerás actos impuros; 7º No robarás; 8º No darás falso testimonio ni mentirás; 9º No consentirás pensamientos ni deseos impuros; 10º No codiciarás los bienes ajenos.

prójimo. Lo que pasa es que la revelación es progresiva y la plenitud de esa revelación es el Evangelio de Jesús. Entonces, el *Decálogo* tiene una plenitud en el mandamiento nuevo de Jesús "Ámense los unos a los otros así como yo los he amado". Ahí está la plenitud de ese *Decálogo*.

Raúl Gustavo Ferreyra: Sí, este era el pie para avanzar sobre la cuestión social, que es la que ahora vamos a introducir, luego de los aspectos individuales y personales. Repito, a los que nos escuchen o nos lean es algo que atraviesa a América Latina, o sea, donde vive el nueve por ciento de la población mundial y donde se genera el nueve por ciento de la riqueza mundial. Más allá de eso no podemos hablar.

Hoy los argentinos estamos atravesados por una situación de vulnerabilidad espantosa, en la cual dos de cada tres argentinos están en situación de vulnerabilidad: uno es vulnerable y el otro es pobre. No le voy a preguntar cuál es su pronóstico ni diagnóstico. La pregunta es: ¿qué siente usted como padre –como le decían recién– cada vez que se levanta a la mañana y dice "me levanto en un país donde dos de cada tres personas son vulnerables"? Precisamente, esa preocupación por la pobreza me ha inclinado en mis investigaciones a publicar uno de mis trabajos más representativos, en el que la tesis –sostengo hoy– debe ser "Gobernar es igualar"[4].

Padre Carrara: Siento que hay que ser lo más concreto posible a la hora de realizar acciones. No hay tiempo que perder. Creo que uno tiene que hacer los reclamos pertinentes porque hay distintos niveles de responsabilidades y levantar la voz cuando hay que levantarla, pero también hay que hacer un aporte a la solución de la cuestión social.

Por eso, nosotros hicimos la escuela. En su momento presentamos notas, tuvimos reuniones acerca de la falta de

[4] "Gobernar es igualar. Isonomía, igualdad de oportunidades y justicia social en la Argentina", en *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 20, ediciones D. Rocha, Fortaleza, Brasil, 2017, pp. 259-298 (ISSN 1678-6742). Aquí, gracias a su cortesía, le entrego una copia.

vacantes escolares en estas zonas, sobre todo de vacantes para nivel inicial y nivel primario. A la vez, hicimos un jardín en la otra punta de la villa, que hoy tiene 120 nenes. Eso nos permitió, después, abrir la escuela secundaria con orientación en comunicación, que es donde estamos ahora acá. Tenemos hoy acá la radio funcionando, la FM Bajo Flores.

Después, abrimos el nivel primario, donde también hicimos la opción de tomar a los más vulnerables entre los vulnerables. Por ejemplo, nosotros tenemos en el primer grado 26 nenes, de los cuales 11 son hijos de muchachos o chicas que están saliendo de la calle y del consumo de droga. Ahí nosotros le dimos prioridad para ese primer grado, pero también le dimos para el sector primera infancia.

Entonces, me parece que eso es lo que tenemos que hacer acá, en el territorio: no paralizarnos por las situaciones de extrema vulnerabilidad, sino ponerle manos a la acción, con este principio de que cada persona vale la pena.

Juan Pedro Gallardo: Este tipo de entrevistas también ayudan de alguna manera para desestigmatizar cierta mirada que un amplio sector de la sociedad tiene sobre las villas y sobre los ciudadanos que las habitan. Sería bueno, entonces, si nos puede hacer una descripción del barrio y de la zona del Bajo Flores, porque generalmente lo que trasciende es la peligrosidad, el delito, el consumo de drogas o el narcotráfico, y acá también suceden un montón de cuestiones, vinculadas a festividades, actividades artísticas y solidarias, donde se ven involucradas miles y miles de personas. Pero eso no es noticia, no trasciende, y esa riqueza social y cultural que aquí existe no se termina de ver.

Padre Carrara: Creo que hay un prejuicio de base que es muy difícil de revertir, que con trabajo y tiempo posiblemente se pueda ir revirtiendo algo, aunque sea. Acá estamos en tierras fiscales, que se han ocupado hace años, pero con el exacerbamiento del tema de la propiedad privada parece que se caen los otros derechos y eso es un prejuicio que está en la sociedad y en los funcionarios, que son hijos de la sociedad. Hay que trabajar

mucho sobre eso. Por consiguiente, la presencia del Estado ha sido nula o deficitaria, y ahora por ahí se manifiesta en el despliegue de una fuerza de seguridad, donde hay que trabajar mucho más para tomar conciencia de que la gente aquí padece la inseguridad, y la inseguridad en sentido amplio. La inseguridad es depender de un comedor para comer. Inseguridad es no tener la tenencia de tu tierra. Inseguridad es que falten vacantes para que los hijos vayan a la escuela. El concepto es más amplio.

Entonces, un Estado que brinde las seguridades básicas sería un Estado que crecientemente vaya atendiendo esos problemas. Acá también la mayoría de los habitantes son niños, adolescentes y jóvenes. El 60 por ciento tiene menos de 25 años; el 43 por ciento menos de 17 años. O sea, es una población que necesita básicamente primeras oportunidades de jugar, estudiar, hacer deporte.

Raúl Gustavo Ferreyra: ¿Cuál es la totalidad de población que vive aquí en la villa?

Padre Carrara: Tenemos una base de por lo menos 45.000 personas.

También es un barrio de inmigrantes, fundamentalmente de Bolivia, Paraguay y Perú. Pero, hoy por hoy, con el paso de los años y con otros estudios que se han hecho, también vamos viendo que los jefes y jefas de familia ya empiezan a ser mayoritariamente argentinos que han nacido y se han criado aquí. El prejuicio frente al extranjero y el inmigrante es fuerte. Me parece que esto es a nivel global. Hay un libro interesante de Adela Cortina que ahora estoy leyendo, que se llama *Aporofobia, el rechazo al pobre: Un desafío para la democracia*, donde ella plantea el tema de la inmigración. A veces se recibe bien al turista, pero del mismo país viene un inmigrante buscando trabajo y ya se lo plantea como alguien que me saca las oportunidades a mí. Eso está muy presente a veces en la mirada del barrio.

Es gente que en su inmensa mayoría quiere progresar, salir adelante, trabajar. Y se dan situaciones también por la ausencia

del Estado o podríamos decir la falta de una presencia inteligente del Estado.

Leonardo Moumdjian: En relación con la presencia del Estado, ¿no saben o no conocen las necesidades de la villa porque no la viven o porque tienen prejuicios?

Padre Carrara: Te diría que desde el 2007 a esta parte –que yo conozco– ha habido una presencia del Estado creciente. Se han instalado oficinas también. Una gran tarea que hace la Iglesia que históricamente está presente en estos barrios es tratar de ayudar a que el Estado haga pie en estos barrios. Entonces, hoy hay oficinas del Estado –algunas funcionan acá en la parroquia–, como el Centro de Acceso a la Justicia, Renaper, ANSES, la Defensoría del Pueblo y algunas oficinas itinerantes.

Al comienzo creo que había una mirada benevolente de decir solidariamente hay que hacer algo, pero acá no es algo de una motivación solidaria –entendida en el mal sentido–, sino de decir hay ciertas cosas que son indelegables del Estado y acá el Estado tiene que estar presente cuidando los derechos básicos.

También veo que la gente toma las oportunidades que tiene. Algunos de los trabajos que nosotros generamos la gente se los apropia y los toma. La experiencia del club, la experiencia de la escuela, la experiencia del hogar, la experiencia de los movimientos infantiles juveniles. Hay un alto nivel de participación. La gente aprovecha las oportunidades que se van generando.

María Gracia Quiroga: Alguna vez conversamos sobre o alrededor de este tema. Me dedico al tema de la clínica de las adicciones. Lo que observo es que en nuestro ambiente, lo que sería clínica de adicciones, cada vez pasa más que a la gente con la biología y la psicología no le alcanza para estar mejor, y mis colegas empiezan a incluir como novedad un abordaje más integral que de alguna forma abarque cierta espiritualidad, que englobe un poco todo. Le quiero preguntar si es así y cómo se puede tomar la relación con la espiritualidad –que entiendo

existe mucho en la cultura popular–, si es que es tomada, para generar apego, adherencia al tratamiento (recuperación) a la adicción a las drogas, a la búsqueda del sentido de la vida, si eso es tomado para; si no, si se incentiva.

Padre Carrara: Nosotros trabajamos sobre todo con personas que están con la problemática del paco. Vemos tres niveles. El primer nivel es una persona que consume una determinada sustancia. En un segundo nivel vemos una persona con una exclusión social grave. Sinceramente no había escuchado hablar de tuberculosis hasta llegar acá a la villa. Hay muchachos o chicas que están con tuberculosis, que tienen VIH, están viviendo en la calle, no tienen estudios primarios terminados, tienen poca experiencia laboral y poca capacitación laboral. El rostro de la exclusión, de alguna manera.

Pero hay un nivel que toca acá la espiritualidad, que es el nivel de una honda orfandad de amor, de vínculos. Lo que primero piden los muchachos o las chicas es hogar, familia. Por eso, a nuestra experiencia le pusimos "Familia grande del hogar de Cristo". Una experiencia que nació en las villas y que ya pasó las fronteras de las villas y de hecho se ha nacionalizado el modelo de los centros barriales. Pero el eje es familiar y comunitario. Obviamente nos constituimos como una familia, de alguna manera. Pero eso nos ha renovado a nosotros también como Iglesia en los barrios y en general, me parece, porque es muy distinto tratar a una persona de asistida o de paciente a tratarla como parte de tu familia.

Familia es acompañar un embarazo, es acompañar una enfermedad y es darle sepultura a alguien que está en la calle y se muere, es acompañar toda la vida. Ahí seguimos dos principios que en su momento nos dio Bergoglio: "recibir la vida como la vida viene" y "acompañarla cuerpo a cuerpo". Uno planta una estructura, pero tiene que plantarla en un lugar de sufrimiento y de dolor con la ductilidad necesaria para ir cambiando de acuerdo a esa vida que va recibiendo, porque si uno plantea una estructura muy rígida ya empieza a dejar afuera a un montón

de personas. Entonces, tenés que ser lo suficientemente dúctil como para incorporar y dejarte modificar por esa vida que vas recibiendo y empezar a hacer cosas que por ahí en una primera instancia no pensaste nunca que ibas a hacer.

Nosotros pusimos un centro barrial. Los chicos en su lenguaje decían "este es mi hogar, esta es mi familia", pero después los tenés que mandar a la calle. Entonces, pensábamos: "¿yo a mi hermano o mi hermana los mandaría a la calle?, ¿a mi papá y a mi abuelo los mandaría a la calle?". El promedio era de diez que venían ocho estaban en la calle. Arrancamos en el comedor poniendo colchones, después en una vieja carpintería, que habíamos mudado a otro lado, la adecuamos y pusimos dos camas cuchetas y después fue creciendo y tenemos el Hogar Santa María. Anoche durmieron 95 personas acá. Obviamente que se les pide a los muchachos y a las chicas que durante el día vayan a nuestros centros barriales a seguir su tratamiento. O sea, el que viene aquí después tiene que ir al centro barrial para acompañarse.

Ahí entraría la parte de la espiritualidad. Hay momentos de oración, de retiros, de Misas, que de ninguna manera son obligatorios, son propuestas y los chicos las toman; también, peregrinaciones. Es propio de la fe y de la cultura popular, de la cual muchos de estos chicos forman parte.

También cada uno vale la pena. Esto del cuerpo a cuerpo es importante: cada uno vale la pena, porque a veces uno quiere hacer grandes cosas y no encontrás gente que haga pequeñas cosas como acompañar a que una chica se haga la ecografía que tiene que hacerse. Lo novedoso es que también los mismos chicos y chicas se van transformando en protagonistas, porque son ellos los que visitan hospitales y cárceles, los que llevan a alguien a una comunidad terapéutica cuando hay que hacerlo.

Acá no se trata de reemplazar nada, porque necesitamos todo. Sí se trata de potenciarse y de potenciar lo que existe o buscarle la necesaria adaptación para este lugar. Yo pondría la espiritualidad en el diálogo entre la institución y la vida concreta.

Juan Pedro Gallardo: Justamente hablando con María Gracia en relación con las adicciones y la espiritualidad (con más terreno)[5], uno lo que puede observar en la labor concreta de la Iglesia y de otras iglesias es también de alguna forma establecerse como hogar. Por ejemplo, acá es un factor ordenador para la persona: la ordena, funciona como anclaje, como referencia, y eso es fundamental para que se haga una etapa de tratamiento o de recuperación del estado de esa naturaleza. Así que, en ese sentido, nosotros por ahí veníamos hablando y estábamos visualizando así con relación a lo que es el tema de las adicciones. Con esto, quería preguntar cómo está la situación del consumo, porque vemos que hay mucha fuerza de seguridad, pero al mismo tiempo sabemos que la situación de consumo no baja y la venta tampoco, incluso viene mucha gente de afuera.

Padre Carrara: Eso sigue con mediana estabilidad. Se pudo haber mejorado en algunos puntos. Creo que el desafío pasa por generar oportunidades de trabajar con algo sostenido en el tiempo. Así como el Papa plantea las tres "T" –"tierra", "techo" y "trabajo"–, nosotros acá planteamos las tres C, que están profundamente ligadas con esas tres "T", y son "capilla", "colegio" y "club", como un ámbito de prevención. Para nosotros prevención significa oportunidades. ¿Es necesario hacer una charla de prevención? Sí, pero sobre todo son necesarias esas oportunidades, de tener un despliegue en territorio de una propuesta positiva. Entonces, por ejemplo, a través de los movimientos infantiles juveniles que tenemos trabajamos los liderazgos positivos, a través del club trabajamos la pertenencia y la identidad, con propuestas bien concretas. Me parece que eso es lo que puede revertir en el mediano plazo la situación.

Raúl Gustavo Ferreyra: Padre, me gustaría retrotraer a dos términos que usted ha utilizado recurrentemente en su distinguida exposición, que son "Iglesia" y "Estado".

---

[5] En Jornada "¿Son las drogas el problema? Una mirada interdisciplinaria a las adicciones", martes 30/5/2017, con organización de la Universidad de Flores y la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

Padre Carrara: Acá hay un libro que usted me dio. No creo que diga algo más lúcido que lo que dice acá.[6]

Raúl Gustavo Ferreyra: La tarea de quienes somos profesores de Derecho Constitucional, como es el caso de Diego Dolabjian y mío, es formar ciudadanos. Es una tarea realmente difícil, por eso me refería a las conversaciones. Porque él y yo hemos tenido la suerte de ser discípulos de uno de los más grandes juristas y maestros de juristas en la Argentina del siglo XX, Germán J. Bidart Campos, y eso ha sido una fortuna para nosotros.

Pero quiero reflotar lo siguiente y hacer una pregunta "picante". Voy a hacer un corte brutal y arbitrario con la *Rerum novarum* de 1891 y también la voy a relacionar con la *Quadragesimo Anno* de 1931. Usted me contestó muy bien recién, consistente y coherentemente –aparte le creo lo que usted me dice–, que el *Decálogo* es inseparable, pero tanto la *Rerum novarum* como la *Quadragesimo Anno* plantean por primera vez en el discurso de la Iglesia la cuestión de la justicia social, en diferente tono y medida. Ahora, ¿cómo ve usted el grado de resistencia de los poderes hegemónicos, salvajes y concentrados para que realmente luego de 126 años de la primera Encíclica aludida, luego de 86 años de la segunda Encíclica mencionada, el grado de exclusión ni siquiera se morigere, sino que aumente; peor todavía, que unos pocos concentren la mayor riqueza de bienes yacentes y a crearse, y una gigantesca minoría no disponga ni siquiera para la subsistencia mínima de su individualidad propia y de su familia? El Papa Francisco ha encarado un apotegma interesante, las tres "T": "tierra", "techo", "trabajo"; sin embargo, los poderosos y salvajes no escuchan o no quieren oír. La historia demuestra que, tarde o temprano, la desigualdad macabra termina quebrando la coexistencia en paz.

Padre Carrara: Acabamos de publicar un librito que busca recopilar todos los discursos del Papa Francisco a los movimientos

---

[6] Aclaración: el libro mencionado es de Bidart Campos, Germán J., *Doctrina social de la Iglesia y Derecho constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2003, 269 pp.

populares, que son cuatro, que yo no los había encontrado publicados juntos y dije "hay que publicarlos juntos para en una lectura poder tener una mirada de lo que dice Francisco en diálogo con gente sencilla, cómo él plantea las cuestiones". Haciendo un análisis de eso, creo que ahí Francisco, haciéndose eco de la Doctrina Social de la Iglesia, trae la cuestión de fondo, es decir, no se puede servir a Dios y al dinero. En este sentido, la patrística dice que "la gloria de Dios es que el hombre viva bien". O sea, ¿qué organiza la vida de una sociedad?, ¿dónde está el centro de esta organización de la sociedad: en que el hombre viva bien o la sociedad se organiza en torno a hacer dinero y más dinero? Esa me parece que es la discusión de fondo hoy en día.

Coincido en que hay veces que pareciera que lo que gana y organiza la vida de la comunidad, de la sociedad, hoy es el capital y no que el hombre viva bien, con Dios y con dignidad.

Raúl Gustavo Ferreyra: Como verá, voy a seguir un discurso ecuménico y ahora sí voy a ir directamente a *Laudato si'*[7]. Es una lectura de una persona no creyente, pero la he leído varias veces y tengo la sospecha de que esta lectura que hago, que es apasionada y sin fe de *Laudato si'*, sí es reflexiva y respetuosa. Le pregunto: ¿existe la posibilidad de que desaparezca el ser humano de la faz de la tierra como producto de la contaminación ambiental y la injusticia social? ¿Es errónea mi interpretación o Francisco nos está avisando que esa posibilidad existiría en *Laudato si'*? ¿Nos podemos extinguir? ¿Entiendo bien el mensaje del Papa?

Padre Carrara: Yo creo que sí, que es una posibilidad que el hombre se coma al hombre.

Raúl Gustavo Ferreyra: Eso es lo que no me animaba a preguntarle con todas las letras.

---

[7] Segunda Carta Encíclica del Papa Francisco, firmada el 24 de mayo del 2015 y presentada el 18 de junio de ese mismo año. Su título significa "Alabado seas" (en dialecto umbro).

Padre Carrara: Este hombre que va detrás del dinero. Hay gente que endiosa tanto el dinero que es capaz de vender amistades de toda la vida, a la propia familia, a las convicciones de toda una vida con el afán de tener dinero. Eso se da.

Raúl Gustavo Ferreyra: O sea que, si se mantuviese una de las partes anunciadas por el Papa Francisco en *Laudato si'*, una de las partes desgraciadas de la contaminación, del desastre ambiental que estamos asistiendo, tendría que ocurrir un nuevo milagro para que algún ser humano pudiese habitar el planeta, en caso de que desaparezca la vida de los seres humanos.

Juan Pedro Gallardo: Bueno, en principio, el ser humano hace tiempo que ha logrado la capacidad técnica para la autodestrucción de la especie. Reconocidos pensadores vienen hace décadas alertando sobre ello. Desde Martín Heidegger hasta Hannah Arendt, como para citar algunos ejemplos.

Padre Carrara: Sí. Hay gente que huye de zonas por estos problemas ecológicos, no sólo sale de un lugar a otro por guerras, sino también por estas cuestiones ecológicas que empiezan a ser más recurrentes. La migración de las personas por esta situación. Entonces, me parece que es una alarma grande la que Francisco propone ahí.

Raúl Gustavo Ferreyra: Seria, muy seria es la alarma.

Diego Marcelo Pinillos: Justo estaba viendo un poco y me parecía que también este es un ámbito seguramente muy parecido a donde vivía Jesús. Hasta este ámbito arquitectónicamente me lo imagino parecido a donde él habría caminado. Leía acá en *El gran inquisidor*, de Dostoievski, que los problemas son muy parecidos a los que él enfrentó en algún punto. Retomando esto del miedo a que el ser humano se extinga, creo Jesús deja bien comprobado que la vida no se puede extinguir y hay algo de eso también. Pero, retomando ahí, que es lo que a uno le interesaba tratar como pregunta es esto: Jesús nos enseñó el "perdónanos nuestras deudas, así como nosotros perdonamos

a nuestros deudores". En endeudamiento social, ¿cuál es ese rol y cómo Jesús ayuda a desendeudar y esto, que aparentemente es pobreza, se transforma en una riqueza espiritual? Esa sería concretamente la pregunta.

Padre Carrara: El camino que propone Jesús es un camino de felicidad. Jesús propone el camino de salir de nosotros mismos y ponerse al servicio de los otros como un camino de felicidad. Yo diría eso. Y no se trata por ahí también del volumen de cosas que uno haga o del dinero que dé, sino de cómo se le vaya la vida en eso que hace, por eso Jesús está a la pesca y mira y le dice a los discípulos: "Vengan acá, miren, esta pobre viuda dio dos moneditas para los pobres, era todo lo que tenía para vivir. No se queden entre los que dieron un montón, que la que vale es esta". Entonces, en este sentido, diría que Jesús propone ese camino de felicidad, de plenitud, abriéndose al otro, y eso es ganar en humanidad.

Una vez leí un libro –no me acuerdo ahora el autor, lo tengo por ahí el libro– de un estudioso de las placas tectónicas que hablaba de la evolución también y ¿qué fue lo que hizo que el ser humano sea ser humano?, ¿cómo dejó de ser "animal" y empezó a ser "ser humano"? Decía: "se humanizó cuando se abrió al sufrimiento del semejante". O sea, creo que eso es lo que nos enseña también Jesús: el camino de recuperar humanidad es abrirse al sufrimiento del otro, del prójimo, hacerse cargo del sufrimiento del prójimo. Para mí eso también fue muy revelador entre las lecturas.

Raúl Gustavo Ferreyra: Padre, tenemos dos cuestiones finales que son muy breves. No sé si alguno de ustedes (los entrevistadores) quiere hacer alguna pregunta más, pero yo quisiera agradecerle en nombre de todos el tiempo que nos ha dispensado, lo que nos ha enseñado y los que nos invita para reflexionar en el futuro y para que podamos seguir manteniendo estos diálogos. Quiero agradecer públicamente a Juan Pedro Gallardo, que ha sido el gestor de todo esto. La verdad es que tenemos un secreto guardado hasta este momento y es

que la última pregunta la va a hacer Débora, que ha dado a luz a una bebé hace muy poco y quizás pueda aportar esa misma luz de la vida, ahora, en el final de esta entrevista, ya que nos ha estado escuchando a todos juntos. Así que con Débora creo que podríamos cerrar este encuentro.

Débora Loreley Fernández: Simplemente, quiero preguntarle si le gustaría agregar algo más, si quiere comentarnos algo que considera sería bueno agregar y difundir de algún modo también con la entrevista que vamos a dejar plasmada.

Padre Carrara: Yo diría que este es un lugar donde soy feliz, eso diría en el lugar donde está, en este tipo de barrio que –no soy ingenuo– sé los problemas que hay, porque hay muchos problemas, pero es un lugar de alegría y felicidad para mí. La gente me ha hecho un lugar y me ha hecho muy feliz. A veces se destaca al cura que trabaja o vive en el barrio; yo creo que habría que destacar a la gente que nos ha hecho el lugar. Eso diría como para cerrar.

Raúl Gustavo Ferreyra: Por mi parte, muchísimas gracias. No sé si alguno de ustedes quiere hacer otra pregunta.

Leonardo Moumdjian: A mí me quedó una pregunta. Usted describió la escasez económica, la falta de oportunidades, la sociedad que está mirando para un costado, el hombre está pensando en el dinero; pero, por el otro lado, está la descripción de los chicos que no tienen oportunidades y describió que tampoco hay hogar. ¿Hay alguna relación entre la falta de las oportunidades y la falta de hogar? ¿Usted qué nota? ¿Es necesario el dinero para tener hogar o tenés que tener lo básico y estar bien como para contener y tener una familia?

Padre Carrara: La tendencia mundial es al individualismo, al pensar primero en vos, después en vos y después en vos. Esa es la tendencia que se manifiesta, y a veces se fragmenta y se rompe el tejido social y comunitario. Me parece que la respuesta es trabajar en esa línea de fortalecer el tejido social y comunitario,

que me parece que es una característica de la cultura popular latinoamericana. Eso te diría. ¿Cómo buscar fortalecer eso?

Se puede de distintas maneras, incluso desde las festividades religiosas que nosotros somos muy respetuosos y las llevamos adelante. Cuando vos celebrás una festividad religiosa también estás trayendo aquí la tierra de donde es la persona, su modo de rezar, pero también su modo de danzar, sus comidas típicas, su cultura –en el sentido amplio de la palabra–. Ese es un modo de trabajar para que el tejido social y lo comunitario no se rompan; y si bien está bastante peleado, hay cosas muy lindas que se dan acá.

No es raro que si fallece alguien los vecinos se junten y salgan a pedir ayuda a otros vecinos para dar cristiana sepultura a esa persona y lo único que hay que testificar es que la persona falleció, nada más que eso, después no hay discusión de que hay que ayudar. Yo ayudo con dos pesos, pero ayudo. Entonces, eso está en un caso extremo, pero después hay muchos casos de mamás que cuidan a chicos de otras mamás, de vecinos que ayudan a mejorar la casa de otros vecinos, cosas que por ahí en la gran ciudad no están.

Leonardo Moumdjian: Si bien, por un lado, es la destrucción social en lo edilicio, podemos hablar también que es la reconstrucción social en lo humanitario.

Padre Carrara: Sí, sobre eso hay que seguir trabajando y apostando, porque no es que no se pueda deteriorar, por eso hay que cuidarlo.

Leonardo Moumdjian: Pero se ven otro tipo de relaciones.

Padre Carrara: Sí.

Juan Pedro Gallardo: ¿La anterior fue una década ganada o una década pérdida?

Padre Carrara: Lo veremos en treinta años, ¿no?, usted que sabe…

Raúl Ferreyra: Sí, los procesos institucionales se miden de ese modo. Además, es la mejor respuesta para dar. Llevamos, computados desde la asunción de Raúl Alfonsín el 10/12/1983 y la integración de las instituciones constitucionales, más de 30 años de democracia constitucional ininterrumpida en la Argentina, y constituye uno de los mayores logros de una ciudadanía en paz. Democracia constitucional que tiene serios defectos, muchos insalvables. Pero la democracia constitucional ganada significa que estamos en el concierto mundial en un escenario, sin derramamiento de sangre. Eso es la democracia. No derramar sangre del hermano y gobernar a la luz del día.

Juan Pedro Gallardo: Este debate, podríamos resumir, tiene que ver con el modelo de sociedad. Si vamos hacia una sociedad que pone el foco en el dinero y en lo financiero o si pone el foco en el ser humano y en una vida con dignidad.

Padre Carrara: Algo hemos hecho y sobre todo la clase dirigente, que son los que más responsabilidades tienen. Pero, si en el 74 –yo caminaba recién– y había cuatro por ciento de pobreza y hoy hay treinta, ciertamente...

Raúl Gustavo Ferreyra: Lo que sucede es que al año de nacer usted ya estalla la primera de las grandes crisis de los últimos cuarenta años en la Argentina. O sea, el carácter vertiginoso hacia abajo, el Rodrigazo en 1975… Es tremendo.

Juan Pedro Gallardo: El incremento de la deuda, el estado de endeudamiento social…

Diego A. Dolabjian: Usted habló de familia y cómo en definitiva parece un concepto central en cómo empezar a construir o generar lazos comunicantes, cómo empezar a contener, pero en toda familia los "chicos" necesitan ayuda al principio y luego crecen y ya van solos y quizás después uno los ve al tiempo. Entonces, ¿en esta familia, cuántos han logrado caminar solos? ¿Cuántos todavía necesitan del apoyo? ¿Cuántos han vuelto para apoyar al resto, no en el número sino en los gestos? ¿Cómo lo

percibe usted? ¿Es una situación en la que se trata de contener a 45.000 personas para que no se sigan cayendo o se puede llegar a reducir? ¿Hay algunos de ellos que vuelven pero no para pedir ayuda, sino ya para ayudar?

Padre Carrara: En lo personal, uno es un actor más y la parroquia como tal es una institución fuerte, pero no tenemos la pretensión de decir que nosotros acompañamos toda la realidad ni mucho menos, porque no es así. Pero yo trato de ser optimista y saber disfrutar, valorar y agradecer los pasos hacia adelante que se dan; y en muchas situaciones veo que hay pasos hacia adelante desde situaciones de mucha complejidad. Así, en ese sentido yo soy un esperanzado.

Te puedo decir cosas, no de los 45.000, pero de experiencias comunitarias más pequeñas del tema de los pibes en la calle, del consumo, que estamos acompañando realmente a 200 –sin inflar números– y uno ve cómo va creciendo el modo de acompañamiento y también cómo a veces ha ido dos pasos para adelante y uno para atrás, pero hay consciencia creciente de que hay que trabajar comunitariamente y que hay que ayudarnos unos a otros para caminar. Eso lo veo. Lo veo en ciertos mojones así y eso me da esperanza.

Raúl Gustavo Ferreyra: ¡Muchas gracias!

Escriben en este número:

Amosa, Fernando M.
Baldi, Eduardo
Bradley Thayer, James
Cabral, Pablo Octavio
Carrara, Gustavo Oscar
Díaz, Juan Francisco
Do Carmo Figueiredo, Adriana
Gabrinetti, Mariana
Greco, Martiniano
Kunusch, Leandro
Martorelli, Juan Pablo
Martínez Perdomo, Alejandra Evangelina
Palacios, Ana Lis
Piana, Ricardo Sebastián
Piccone, María Verónica
Pierini, Alicia
Raimundi, Carlos
Rico, Juan Pablo
Rizzi, Guillermo F.
Schiavi, Marcos
Vértiz Medina, James
Zaffaroni, Eugenio Raúl
Zúñiga Rendón, Carlos Alberto

REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN

WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR