



OTOÑO 2019

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



OTOÑO 2019

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



STAFF EDITORIAL

DIRECTOR

Prof. Pablo Octavio Cabral • UNLP

EDITOR GENERAL

Prof. Guillermo Raúl Moreno • UNLP

EDITORES ASOCIADOS

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

RESPONSABLES DE SECCIONES PERMANENTES

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

CORRECTOR GENERAL

Abog. José Maitini • UNLP

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Lic. Javier F. Luna • Estudio melHibe

DIRECCIÓN DE ARTE

Prof. Nazarena Mazzarini • UNLP

DIRECCIÓN LITERARIA

Abog. María Cecilia Rita Villegas • UNLP

EQUIPO DE IDIOMAS

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

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Luis Hipólito Alén

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Elisabet Almeda Samaranch

Universidad de Barcelona - España

Ricardo César Andreu

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Gustavo Arballo

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Natalia Lorena Barriviera

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Homero Bibiloni

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Milay Burgos Matamoros

Universidad Autónoma de México - México

Mario F. Cámpora

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ángel Carballal

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Franco Catalani

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Nicolás Cendoya

Universidad de la República - Uruguay

Guillermo Justo Chávez

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Rodrigo Codino

Universidad Nacional de Avellaneda - Argentina

Mario Coriolano

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Marcela de Luca

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Solange Delanoy

Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Graciela de Ortuzar

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Dino Di Nella

Universidad de Barcelona - España

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Universidad Autónoma de Aguas Calientes - México

Enrique del Percio

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Carlos Echevesti

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Leandro E. Ferreyra

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Lila García

Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

Juan Martín González Moras

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Omar Heffes

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Víctor Eduardo Hortel

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Bautista Justo

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Mariano Lovelli

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carolina Machado Cyrillo Da Silva

Universidad Federal Do Río de Janeiro - Brasil

Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana - Cuba

Ricardo Marcondes Martins

Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

Juliana Paula Magalhães

Universidad de San Pablo - Brasil

Alejandro Medici

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Enrique Javier Morales

Universidad Nacional de Formosa - Argentina

Juan Orsini

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Marcelo Pepe

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Alicia Pierini

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Julián Portela

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carlos Raimundi

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Esteban Rodríguez Alzueta

Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

Romina Ronda

Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

Johanna M. Romero

Universidad de Cuenca - Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez

Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México

Marcelo Sain

Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

David Sánchez Rubio

Universidad de Sevilla - España

Oscar Sarlo

Universidad de la República - Uruguay

Rodolfo Sosa

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Stinco

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Natasha Suñe

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Antonio Carlos Wolkmer

Universidad Federal de Santa Catarina - Brasil

CONSEJO ACADÉMICO HONORÍFICO

Ramón Torres Molina

Universidad Nacional de La Plata

Raúl Gustavo Ferreyra

Universidad de Buenos Aires

Alicia Ruiz

Universidad de Buenos Aires

Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires

Paulo Bonavides

Universidad Federal de Río de Janeiro

Universidad Nacional de Ceará

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

ELEONORA BURRY | Egresó en 1996 del Bachillerato de Bellas Artes con el título de dibujo artístico en la ciudad de La Plata. Incluso durante la etapa de su formación, ha recibido numerosos premios, becas y menciones por su labor y su obra. Entre las exposiciones más relevantes se encuentran: Expo Trastienda “Feria de Arte en Argentina” (2007); Colegio Mayor Argentino (Madrid 2007); Exposición Internacional Dolmen de Dalí Museo Casa de la Moneda (Madrid 2008); Cárcel del fin del mundo (Ushuaia 2008); Centro de convenciones (Villa la angostura 2009); UNIART Feria de Universidades en el Centro Cultural Borges (2010). En 2011 realizó una exposición individual en el Centro Cultural “Islas Malvinas” de La Plata. En 2012 participó en la feria de Arte EGGO en el Centro Cultural Recoleta. En 2014 seleccionaron su obra en el Salón Nacional del Palais de Glace. Actualmente continúa desarrollando su producción mediante múltiples propuestas.

La propuesta estética de la obra que se presenta en las ocho portadas de este número se basa en la construcción de un discurso poético sustentado sobre motivos asociados a la niñez y sus múltiples recuerdos. La temática infantil, como reminiscencia, activa los recuerdos y permite la reconstrucción del pasado.

POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

FLORENCIA RONCO | Nació en 1977 en la ciudad de La Plata. Es Contadora Pública Nacional por la Universidad Nacional de La Plata, vocación que lleva adelante en la administración pública bonaerense, en el área de salud. Es profesora de nivel medio de adultos, dedicada actualmente a la educación popular en el programa FINES. Se encuentra cursando la carrera de abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata, y se desempeña como ayudante alumna en la cátedra 2 de Derecho Penal 1. Su vinculación con esa disciplina hizo que comenzara a incursionar en el campo de la escritura, amalgamando con un estilo autodidacta literatura e historias judiciales reales, con especial inspiración en casos de violencia de género y de criminalización de sectores sociales vulnerables.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

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

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

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

ÍNDICE

EDITORIAL	17
ENSAYOS	27
Sobre el Poder Ejecutivo	29
<i>Raúl Gustavo Ferreyra - UBA</i>	
Breve historia constitucional de la Provincia de Buenos Aires. Análisis de las Cartas Bonaerenses (1820-1994)	91
<i>Guillermo Raúl Moreno - UNLP</i>	
Derechos de los Robots	119
<i>Alfonso Celotto - Università degli studi Roma Tre</i>	
Algunas reflexiones teóricas sobre la noción jurídica de función pública	134
<i>Fernando Monzón Páez - Universidad de la Habana (Cuba)</i>	
Rescatar al consumidor sobre endeudado para la reactivación y crecimiento con equidad de la Argentina	176
<i>Hernán Albisu - UNLP</i>	
La “Justicia Social y Ecológica” y el Enfoque de los Bienes Fundamentales a la luz de una epistemología renovadora	209
<i>Eduardo R. Olivero - UNLP</i>	

La Política de empleo como garantía del «trabajo decente». Retos para Cuba ante los sujetos económicos no estatales	256
<i>Reynaldo Lam Peña - Universidad de la Habana (Cuba)</i>	
La enseñanza del Derecho Político desde la perspectiva de los derechos humanos y las ciudadanías. El nuevo programa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata	277
<i>Alejandro Medici - UNLP</i>	
Perspectiva de géneros y feminismos jurídicos en la enseñanza del derecho	297
<i>Erika Silvina Bauger - UNLP</i>	
Una mirada a la inspección el trabajo. Retos para la ordenación laboral cubana	313
<i>Jennifer Batista Torres - Universidad de la Habana (Cuba)</i>	
COMENTARIO A LEGISLACIÓN	341
¿Corresponde daño extrapatrimonial por problemática de género?	343
<i>Juan Cruz López Guillermón - UBA</i>	
A 200 años de la Constitución de 1819. Breve comentario de su historia	357
<i>Diego Gabriel Presa - UNLP</i>	
En la búsqueda de explicaciones al paradigma procesal colectivo	373
<i>Alejandro Monzani - Universidad Nacional del Comahue</i>	

Novedades legislativas	402
<i>Eduardo Baldi - UNLP</i>	
COMENTARIO A JURISPRUDENCIA	409
Enseñar religión en la escuela: aproximaciones a una noción de libertad de conciencia que abarque la enseñanza privada a la luz del fallo “Castillo”	411
<i>Ramiro Fibman - UBA</i>	
Padre, Madre, Tutor/a y encargado/a. La Corte y sus intromisiones en materia electoral provincial. A propósito de los fallos que impiden las re-reelecciones en la Rioja y Rio Negro	433
<i>Diego Martín Cormick - UBA</i>	
Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Tribunales bonaerenses. .	460
<i>Fernando Amosa - UCALP</i>	
Novedades de la Corte Suprema de Justicia Nacional .	489
<i>Juan Francisco Díaz - UNLP</i>	
Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	493
<i>James Vértiz Medina - UNLP</i>	
OPINIÓN	507
Un régimen penal juvenil verdaderamente humano y abierto a la esperanza	509
<i>Padre Gustavo Carrara</i>	
Derecho humano a la verdad. El escrache como acto parrhesiástico	513
<i>Antares Dadiuk y Carolina Julia Torres - UNLP</i>	

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO	541
Derechos Económicos Sociales y Culturales de los Pueblos Indígenas y su relación con las reivindicaciones territoriales	543
<i>Joaquín Gutiérrez - UNLP</i>	
DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA	605
Discurso de Salvador Allende	607
<i>Ailén Díaz - UNLP</i>	
Discurso en la presentación de ReDeA Nº 9 en la UBA	629
<i>Mario Leandro Casás - UNLP</i>	
A 70 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1949	641
A 70 años de la Constitución de 1949. Su plena vigencia conceptual	643
<i>Carlos Raimundi - UNLP</i>	
Por una Constitución que le sonría a las masas. Un análisis crítico la Constitución de 1949	650
<i>Mauro Benente - UBA</i>	
Recursos naturales, producción y ambiente en lógica justicialista	667
<i>Homero Bibiloni - UNLP</i>	
División sexual del trabajo y su impacto en el sindicalismo	679
<i>Luxx Marina - Instituto Universitario Nacional de Derechos Humanos</i>	

Constitución de 1949. Una mirada desde un enfoque de género	687
<i>Natalia Sereno - Universidad Nacional de Tres de Febrero</i>	
La dimensión social del derecho a la comunicación: la necesidad de su constitucionalización	708
<i>Analía Eliades - UNLP</i>	

EDITORIAL



Tres téis

*Para el pueblo exiliado de Sabara Occidental
Para Luz.*

Quiero mirar. No me lo cuentes,
Invítame a ser... déjame entrar...
Con el primero, me dicen que puedo ver el dolor
Exilio, eso veo, tu infancia robada
Tus días de desconsuelo esperando al salvador:
Argelino fraternal, argelino manto,
Que me das asilo, cálido abrigo y tu compasión
Y compartís tu tierra que es lo más sagrado
Para con tu hermano que vive en la opresión.
El segundo llega, para mitigar tanto amargor
Este es dulce, cuentan, así como el amor
Es el del descanso, un alivio para el corazón,
Rio de Oro espera, ¡sí! Espera...
Pienso en las nubes, otro manto
Páramos benditos, ¡de ellas somos hijos!
Nos quitaron todo, menos la ilusión
De volver a verte y llevar el canto
De los desterrados, de los amurados
Que no pasamos día sin soñar con vos
Sáhara santa, Sáhara libre, te lloramos tanto...
Es una vergüenza, mundanal vergüenza:
El muro, las minas, la miseria y la ocupación.
Impertinente llegan mis ajenas ganas de pedir perdón...
Me prestaste el día y con el ocaso,
Llega el tercero, el suave.
Y yo con amargura siento lo que habla tu corazón:
Un deseo ardiente de ver tu pueblo libre
Una larga lucha, sin perder valor,
Pero triste, y en ocasiones, alegremente suave
Viene la muerte que muere al cuerpo.
Pero no al espíritu de liberación...

Autora: Florencia Ronco

Arte de la portada: Eleonora Burry

Editorial

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

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

Preocupa seriamente en el ámbito nacional la generalización de la aplicación de las prácticas policiales enmarcadas en lo que se dio a conocer como “*doctrina chocobar*” sostenida por las máximas autoridades del Gobierno nacional, por la se convalidan acciones represivas de las fuerzas de seguridad y excesos como el gatillo fácil.

El discurso legitimante de las muertes acontecidas promovido políticamente por parte de la ministra Bullrich, constituye una auténtica técnica de neutralización que se apoya en una hipotética lealtad al cumplimiento de la ley, un discurso que busca neutralizar las letales consecuencias del “Gatillo Fácil”. Estas técnicas (sociológicamente estudiadas en los 50 por Sykes y Matza), buscan relegitimar el “Gatillo Fácil” (vía de hecho que constituye una pena de muerte en los hechos, práctica vedada por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que forman parte de la misma, particularmente por el art. 4° de la C.A.D.H y el PIDCP en su art. 6°), así evidentemente no se refieren a la “ley” en sentido constitucional, sino a un discurso de totalitarismo populachero. A la vez, sorprenden las pretensiones de una perversa racionalización en el uso de las causas de justificación del Código Penal, como se advierte en “Chocobar, Luis Oscar s/ procesamiento y embargo” por parte de su defensa y que sorprendentemente tuvo amplia difusión

mediática a través de simplificaciones y reduccionismos de panelistas televisivos, que poco se detienen en los deberes funcionales de los agentes policiales a la hora de disparar, pero que abonan teorías de la peligrosidad (activando el peligrómetro que alimenta las pulsiones regresivas del Estado policial) y limitando mediante la presión mediática a la justicia al momento de considerar los casos.

El “Gatillo Fácil” otra vez amplifica a las respuestas punitivas del Estado, siendo ello una auténtica pulsión regresiva al Estado policial, con consecuencias letales e indiferencia moral apoyada, como se dijo, “cumplir con la ley” o como ha dicho el presidente “el que las hace las paga”, por lo que como sugiere Zaffaroni, se hace necesaria una “relectura de la teoría de las de neutralización de Gresham Sykes y David Matza en clave de crímenes de Estado” frente a un Estado que justifica y confirma estas acciones apelando a justificaciones que neutralizan el sentido homicida de su accionar asumiendo el enorme riesgo de allanar el camino a futuras perpetraciones de crímenes estatales, un hecho preocupante en pleno auge de un totalitarismo financiero¹ que toma entidad en nuestros gobiernos mediante la “Ceocracia” que intensifica la tendencia agresiva interespecifica del homo sapiens, que ahora parece atentar –inclusive– contra su propia conservación. En palabras de Zaffaroni e Ison Dos Santos “En nuestra región normaliza u oculta que el subdesarrollo al que la somete produce un genocidio por goteo en curso”, particularmente por la “letalidad policial”².

La matanza de cuatro menores en la ciudad de San Miguel del Monte por parte de un grupo de policías de la Provincia de

¹ Las técnicas de neutralización aplicadas actualmente en nuestras latitudes son realmente perversas, mientras maximizan su base policial en delitos torpes o brutos cometidos por personas provenientes de los sectores excluidos o descartables que lesionan bienes jurídicos individuales (la vida, la propiedad, etc), por otra parte ocultan la macrocriminalidad financiera que en nuestro país tiene entre sus máximas expresiones las sociedades Offshore, que verifican el carácter delictivo del propio poder totalitario que avanza por el mundo.

² E. Raúl Zaffaroni - Ison Dias Dos Santos “La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero. EDIAR 2019

Buenos Aires, a finales de mayo, y las posteriores maniobras de encubrimiento por parte de autoridades locales y bonaerenses, evidencia las terribles consecuencias de la promocionada doctrina de protección irracional de cualquier intervención de las fuerzas de seguridad expuesta, entre otros, por la Ministra de Seguridad Patricia Bullrich.

Recientemente, el Colectivo de Medios Populares, informó que “cerca de las 18 horas de este jueves, la Policía asesinó a Matías Alderete, adolescente de 14 años que estaba yendo a su escuela, en La Tablada, partido de La Matanza”. Según se supo, el hecho ocurrió en Camino de Cintura y avenida Crovara, en cercanías de la Rotonda de San Justo. Poco después comenzó a circular un video registrado desde un auto que pasaba por el lugar, lleno de patrulleros, mientras decenas de efectivos de la Policía Bonaerense rodeaban el cuerpo de Matías, tirado en la banquina. Desde la agrupación Madres en Lucha que “la Policía estaba corriendo a unos chicos y en esa persecución le dispararon a Matías un tiro en la espalda y otro en el pecho”. Posteriormente los mismos efectivos “trasladaron al Hospital Balestrini” el cuerpo ya sin vida.

Adherimos a las consideraciones efectuadas en el marco del proyecto *Violencia institucional: hacia la implementación de políticas de prevención en la Argentina*, desarrollado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Cátedra de Criminología de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP), la Cátedra de Criminología y Control Social de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), la Universidad Nacional de Lanús (UNLA), la Asociación Pensamiento Penal (APP), Xumek, Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y el Colectivo de Investigación y Acción Jurídica (CIAJ) investigamos el fenómeno. Este grupo de organismos y organizaciones no gubernamentales abordaron los principales problemas de uso abusivo de armas de fuego por parte de las fuerzas de seguridad en cuatro jurisdicciones: nivel federal, provincias de Buenos Aires y Mendoza y la ciudad Rosario en Santa Fe. A su vez, la investigación caracterizó las

políticas estatales que han sido implementadas para disminuir estos niveles de violencia.

Allí sostuvieron que; “En las últimas décadas, desde ámbitos activistas y académicos se insiste en la necesidad de desarrollar normativas y pautas de actuación que clarifiquen los límites del uso de la fuerza. Existen, al mismo tiempo, estándares internacionales que establecen criterios específicos. Estas regulaciones son necesarias en contextos como el de América Latina y el Caribe donde los cuerpos policiales arrastran tradiciones violentas y discriminatorias. Las múltiples investigaciones que se han realizado sobre este tema enfatizan el carácter situacional y relacional del uso de la fuerza y muestran que es imposible eliminar o controlar totalmente los aspectos contingentes de la actuación policial. Sin embargo, la elaboración de protocolos y reglas claras para los distintos escenarios en los que deben intervenir las fuerzas de seguridad tiende a reducir al mínimo posible esos aspectos contingentes. Al mismo tiempo, los protocolos permiten contar con criterios para evaluar las conductas policiales. La formación policial es particularmente importante pero para transformar prácticas policiales arraigadas debe ser acompañada por mensajes políticos y control de la actuación policial. La valoración positiva de la actuación policial letal trastoca los valores de una formación policial democrática y modifica estos incentivos y entra en tensión con algunos avances en la formación policial de estos últimos años. La experiencia muestra que luego de momentos históricos de mensajes políticos duros se incrementa la cantidad de muertes.” (www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/05/Muertes_Naturalizadas.pdf).

A pocas cuadras de nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, se pudo ver estos días la militarización de la Plaza San Martín, frente a la sede del Poder Ejecutivo provincial y de la Legislatura, con la finalidad de impedir que personas realizaran venta callejera en lo que se transformó en una feria de trueque al aire libre. Estas personas, con muchos problemas económicos derivados de la actual crisis que sufre nuestro país desde la implementación de un programa neoliberal, buscan un sustento

para mantener a sus familias dignamente. Las fuerzas de seguridad de la Provincia, al igual que la policía de la Ciudad de La Plata, no sólo impiden el ingreso de personas con bolsos dentro de la plaza, sino que realizan persecuciones y detenciones a grupos de personas, muchas de ellas trabajadores migrantes.

En el mismo ámbito académico queremos compartir la decisión del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales declaró de interés académico nuestra publicación.

Con relación a nuestra publicación, nos es muy grato anunciar a los lectores y autores de ReDeA que nuestra revista fue declarada de interés legislativo por la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires por su valor académico y su compromiso con la difusión del conocimiento jurídico. En la sesión de fines del año 2018 fue aprobada por la totalidad de los diputados de los diferentes bloques políticos que integran la honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires el Expte. D-3251/18-19 por medio del cual se declaró de interés legislativo la Revista Derechos en Acción. Agradecemos especialmente a la autora de la iniciativa, Diputada Susana Haydee González, como así también a los siguientes legisladores que acompañaron el proyecto con sus respectivas firmas: Mariano Pinedo; Florencia Saintout; Juan Agustín Debandi; Miguel Funes; Manuel Lauro Grande; José Ignacio Rossi; Ricardo Zurro y Lucía Portos.

En este número se destacan los trabajos relacionados con la Constitución de 1949 – a propósito de su aniversario-, cuya evocación nos trae de inmediato en colación distintas cuestiones relativas a la lucha de los sectores populares para alcanzar la ciudadanía real una vez ordenada nuestra nación bajo la Constitución de 1853/60. La aspiracional ciudadanía real en Argentina resultó negada por las sucesivas contrarrevoluciones que a modo de fuerzas centrípetas concentraron privilegios y poder de las oligarquías vernáculas que bajo bucólicos liberales y formas normativas orientadas a establecer la dominación la llevaron a confundir sus formas de dominio con derechos, generalmente apelando al velo deslegitimante en los discursos

de otra fase del colonialismo que una vez exterminado el sujeto colonial (de su fase anterior) apelaba al término “civilización” (que dio lugar o “lo civil” contrapuesto a la barbarie), en definitiva, las distintas fases del colonialismo, en las que nuestro país inserto en el contexto latinoamericano, atraviesa su historia.

El Maestro Raúl Eugenio Zaffaroni, quien nos gratificó con su presencia, palabras y pensamiento en la presentación de la ReDeA N° 10 el Lunes 24 de Junio en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, y en dicha oportunidad destacó la palabra “Acción” que titula en parte a este esfuerzo editorial, a su vez emparentó el término con el concepto Iheringiano, alusivo a la acción y la lucha. Así el derecho es acción, el derecho es lucha, y Rudolph Von Ihering se refirió a ello en “La Lucha por el Derecho”, y en oportunidad de aquél clásico el padre de la dogmática alemana dijo “...Miles de hombres pasan su vida felizmente sin lucha, dentro de los límites fijados por el Derecho, y si nos llegásemos a ellos hablándoles de lucha por el Derecho, afirmando que el derecho es la lucha, no nos comprenderían, porque siempre fue para ellos el reinado de la paz y el orden. Desde el punto de vista de su personal experiencia, tienen perfecta razón: hacen como todos aquellos que tienen riquezas heredadas y que han recogido sin pena el fruto del trabajo de otros, que niegan esta proposición: propiedad es trabajo” y agrega “Si vivís en la paz y en la abundancia, pensad que otros han debido luchar y trabajar por vosotros”. En fin, la apertura del derecho como acción y como lucha, tuvo a la Constitución de 1949 como corolario más puro del constitucionalismo social, y por qué no una de las expresiones más importantes el Estado Social y Democrático de Derecho en Nuestra América, un “margen” en el que como comenta Zaffaroni “hay un ser humano latinoamericano que se va abriendo paso en la historia en permanente resistencia al colonialismo (que le niega y retacea su dignidad de persona), en un territorio en que muchos seres humanos interactúan y sincretizan sus cosmovisiones, que son expresión de todas las culturas sometidas y marginadas por el colonialismo en todo el planeta”.

Por otra parte, debemos destacar el inicio de un nuevo proceso electoral en nuestro país, proceso que, a través de la voluntad popular en las urnas, nos dará las autoridades con responsabilidad de gobierno para los próximos años. Así, de acuerdo al cronograma electoral oficial, el pasado 22 de junio finalizó el plazo para la presentación de precandidatos/as ante las juntas electorales partidarias. El 12 de julio se publicarán los padrones definitivos, el 9 de agosto a las ocho de la mañana comenzará la veda electoral (prohibición de actos públicos de proselitismo, como así también difusión de encuestas y sondeos preelectorales) y el 11 de agosto se realizarán las Primarias, Abiertas, Simultaneas y Obligatorias (PASO). Siguiendo con el cronograma, el 29 de octubre (4to. domingo de octubre de conformidad al art. 53 del Código Electoral Nacional) se desarrollarán las elecciones generales. El 17 de noviembre tendrá lugar el debate presidencial para el caso de haber segunda vuelta. Ante esa posibilidad se volverá a convocar al electorado para una nueva elección entre los dos candidatos/as más votados el 24 de noviembre.

Preocupan algunas maniobras llevadas por los gobiernos de la Provincia de Buenos Aires y Nacional en materia electoral como, por ejemplo, la designación de una Comisión Bicameral bonaerense en pleno año electoral con la finalidad de desdoblar las elecciones provincial y municipales. En la esfera federal se emitió normativa tendiente a modificar el sistema de votación de extranjeros, la modalidad y fecha de votación de las fuerzas de seguridad y de las personas procesadas y privadas de la libertad. Las primeras de estas medidas fueron declaradas inconstitucionales por la justicia y las restantes dejadas sin efecto por el propio Poder Ejecutivo, a menos de 40 días de sancionarlas. Además se decretó la eliminación de las listas colectoras, medida que luego de judicializada, fue puesta en duda por el propio gobierno que la había dictado por conveniencias coyunturales. También se omitieron incluir en los padrones provisorios a los jóvenes de entre 16 y 18 años, lo que generó el reclamo masivo de ese grupo para subsanar tal omisión. Finalmente, se intentó

eliminar las PASO, con la presentación de proyectos y la difusión masiva a través de varios medios de comunicación. Todo ello, sumado a algunas denuncias efectuadas por expertos sobre la posibilidad de alterar los resultados provisorios por falencias de seguridad en el sistema de transmisión de dicha información, nos obliga a reclamar a las autoridades por el cumplimiento de todas las normas que garantizan una elección limpia, base de nuestro sistema republicano.

Desde esta publicación daremos nuestro apoyo a toda actividad que promueva el debate sano, constructivo y que lleve la información necesaria a la ciudadanía a la hora de emitir el sufragio. Es por ello que consideramos acertada la implementación normativa a nivel nacional que obliga a los candidatos a un debate público de cara a la sociedad. Así, destacamos la sanción de la Ley 27.337 (modificatoria del Código Electoral Nacional) que consagra tal obligación. En línea con lo que estamos comentando, consideramos que las provincias deberían seguir tal ejemplo y modificar su legislación electoral en ese sentido. Todo lo que se ve, se discute y sale a la luz del día servirá para fortalecer nuestro sistema democrático y la relación entre los representantes y sus representados.

En lo que respecta al presente número, queremos comunicar la incorporación de un nuevo idioma para los títulos, resúmenes y palabras claves; el chino, traducción a cargo de Juan Cruz Vallefín, a quien agradecemos por su trabajo y esfuerzo. Despedimos a nuestros lectores hasta el próximo número de ReDeA, esperando que nos sigan acompañando en este proyecto editorial de difusión del conocimiento jurídico situado.

STAFF EDITORIAL

ENSAYOS



Algo más que tres té

Los saharauis toman tres té durante el día. El primero amargo como la vida, el segundo dulce como el amor y el tercero suave como la muerte. Con esta costumbre resumen como son sus días en el exilio, lejos de su tierra ocupada por el invasor marroquí. Algunos llaman al primero, amargo como el exilio, no hay mucho que agregar. Vida es igual a exilio y así lo viven, luchando vehementemente por su derecho de autodeterminación. El segundo té, debe ser dulce, para recordar lo bello de lo cotidiano y el amor fraternal de aquellos que prestan su ayuda y apoyo a la comunidad. Y el suave, simplemente porque el deseo es tener, cuando ella llegue, una muerte suave, por el horror de su historia de guerra armada, muertes violentas en campo de batalla y en campos minados.

Autora: Florencia Ronco

Arte de la portada: Eleonora Burry

Sobre el Poder Ejecutivo

On the Executive Power

Sobre o poder executivo

À propos du pouvoir exécutif

关于行政权力

Raúl Gustavo Ferreyra¹ | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 29-90

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e269>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5089-8136>

Recibido: 15/03/2019

Aprobado: 25/04/2019

Resumen: El trabajo realiza un estudio constitucional del Poder Ejecutivo y del sistema presidencialista. Analiza la premisa según la cual las ordenaciones estatales que se deciden por el tipo de gobierno constitucional de sesgo presidencialista suelen exhibir determinada impotencia o fracaso mismo de la separación de poderes, alteración que favorece que el órgano ejecutivo se constituya en poder predominante. Reflexiona sobre el principio de división de poderes, los mecanismos para elegir a los presidentes, sus funciones y el lugar que ocupan los ciudadanos. Concluye afirmando que experiencia histórica del presidencialismo en América del Sud hacen pensar si acaso esa supremacía del poder ejecutivo no constituye, patéticamente, la causa de las causas de la inestabilidad institucional, del sometimiento y de la vulnerabilidad social.

Palabras claves: Constitución. Poder Ejecutivo. Presidencialismo.

Abstract: The work carries out a constitutional study of the Executive Power and the presidential system. It analyzes the premise according

¹ Abogado. Profesor titular Derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Post doctor en Derecho, Facultad de Derecho (UBA) rgferreyra@derecho.uba.ar.

Contribución dedicada al Dr. Mario Leandro Casás.

to which the state ordinances that are decided by the type of constitutional government of presidential bias usually exhibit certain impotence or even failure of the separation of powers, alteration that favors that the executive organ is constituted in predominant power. It reflects on the principle of division of powers, the mechanisms for electing presidents, their functions and the place occupied by citizens. He concludes that the historical experience of presidentialism in South America makes wonder whether this supremacy of executive power does not constitute, pathetically, the cause of the causes of institutional instability, subjugation and social vulnerability.

Keywords: Constitution. Executive Power. Presidentialism.

Resumo: O trabalho realiza um estudo constitucional do Poder Executivo e do sistema presidencialista. Analisa a premissa de acordo com a qual as ordenações estaduais que são decididas pelo tipo de governo constitucional com inclinação presidencialista costumam exibir certa impotência ou falha da separação de poderes, alteração que favorece que o corpo executivo se constitua em poder predominante. Reflete sobre o princípio da divisão de poderes, os mecanismos para eleger presidentes, suas funções e o lugar que ocupam os cidadãos. Ele conclui afirmando que a experiência histórica do presidencialismo na América do Sul sugere para o caso se essa supremacia do poder executivo não constitui, pateticamente, as causas da instabilidade institucional, da sujeição e da vulnerabilidade social.

Palavras-chave: Constituição. Poder Executivo. Presidencialismo.

Résumé: Le travail fait une étude constitutionnelle du pouvoir Exécutif et du système présidentiel. On analyse la prémisse selon laquelle les ordinations d'État décidées par le type de gouvernement constitutionnel avec tendance présidentielle, tendent à présenter une certaine impuissance ou un échec dans la séparation des pouvoirs, altération qui encourage que le pouvoir exécutif devienne le pouvoir dominant. On réfléchit sur le principe de la division des pouvoirs, les mécanismes d'élection des présidents, leurs fonctions et la place occupée par les citoyens. On conclut en affirmant que l'expérience historique du présidentielisme en Amérique du Sud nous faire penser si cette suprématie du pouvoir exécutif ne constitue pas, pathétiquement, la cause de l'instabilité institutionnelle, de la sujétion et de la vulnérabilité sociale.

Mot-clés: Constitution. Pouvoir exécutif. Présidentialisme.

摘要: 该研究对行政权力和总统制进行了宪法研究。分析了这样一个前提,即由总统制偏见的宪政政府类型决定的国家统治倾向于表现出某种无能或分权的失败,有利于执行机构的改变构成了主导权力。它反映了分权原则,选举总统的机制,其职能和公民所占的地位。他最后肯定南美洲总统制的历史经验表明,行政权力的这种至高无上是否构成了制度不稳定,服从和社会脆弱的原因。

关键字: 宪法, 行政权力, 总统制

I. Contexto

En la segunda década del siglo **xxi** los Estados de América del Sud se ordenan jurídicamente por una Constitución. Un código escrito que define la obediencia a reglas que asegurarían la determinación de las existencias en paz. Tales reglas, además, son discernidas y compuestas con bastante libertad por los representantes que obran por los ciudadanos –al menos, hasta cierto punto. Considero que las relaciones de igualdad social constituyen una asignatura pendiente. La exclusión, arraigada en un “fundamentalismo de mercado”² que por momentos arrasa, resulta imperdonable y un escándalo para la razón, porque retrasa el desarrollo y deriva en crisis desastrosas.

La eficacia de una Ley fundamental, como regla colectiva para la ordenación, depende del hecho de que los ciudadanos y los servidores públicos no pueden ni deben actuar en solitario. Deben hacerlo solidariamente por un objetivo común: su constante y leal realización.

La Constitución es un fundamento del Estado; concretamente, su cuarto elemento. En América del Sud las Constituciones fundamentan a los Estados y esta fundamentación, a su vez, se cumple por intermedio de cuatro reglas. Me refiero a la regla

² ZAFFARONI, E. Raúl: “Elogio del parlamentarismo”, *Le Monde diplomatique*, año XIV, n° 160, Buenos Aires, 2012, p. 4.

sobre la subordinación, la regla sobre la variación, la regla sobre la acción de los derechos fundamentales y la regla sobre la distinción de los poderes³.

El poder es único, pero distinguible en diversas ramas. Si bien hay un solo poder del Estado, hay varios departamentos o agencias que intentan su ejercicio con éxito y frustración, los que corren parejos y en suerte diversa. Por ello, para ejercer el poder se hace necesario su desgajamiento armónico en ramas, cuyos órganos constituidos han de cumplir las actuaciones correspondientes.

La distinción de las ramas del poder responde al hecho de que para su disciplina rigurosa resulta necesario su racional desmembramiento. El Derecho constituyente del Estado, la “política formalizada en reglas”⁴, disciplina al propio poder. Allí donde no existe razón jurídica para reglar una situación o relación, se estará en presencia de pura voluntad liberada, endemoniada e indisciplinada: el no Derecho. La proscripción de la razón jurídica por la voluntad del Estado anula al Derecho y origina un camino predispuesto hacia la autocracia.

La regla sobre la distinción del poder funciona de modo vertical y de modo horizontal. En el primero de los sentidos, opera a causa de la mayor descentralización estatal (poderes federales), mientras que en el segundo se lleva a cabo con la mayor centralización estatal (poderes unitarios). En medio de las tipologías federales y unitarias, corren los poderes que originan el modelo regional.

³ Las tres primeras reglas (subordinación, variación y acción) ya han sido descritas en FERREYRA, Raúl Gustavo: “Manifiesto sobre el Estado constitucional. Reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la comunidad estatal”, 1ª parte, Revista de Derecho Público, n° 10, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, Ediciones Infojus, Id SAIJ: DACF150418, pp. 37-124; 2ª parte, Revista de Derecho Público, n° 11, Presidencia de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, Id SAIJ: RV000120, pp. 109-182. Otra versión, ampliada, actualizada y corregida, también ha sido publicada por la Editorial de la Universidad Abierta Latinoamericana, Medellín, 2017, 264 pp.

⁴ MAIER, Julio: “Derecho y democracia”, en Mientras estés conmigo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 372.

Considerada la regla sobre la distinción del poder en su comprensión horizontal, ella da lugar a los poderes constituyentes y a los poderes constituidos, por un lado, y a la separación de funciones de cada uno de los poderes constituidos, por el otro. La naturaleza, el alcance, los límites, los vicios y el control judicial sobre el poder constituyente, tanto el originario como el reformador, han sido objeto de análisis en otro texto⁵.

En lo concerniente a la distribución horizontal de funciones, el modelo sobre división del poder fue inventado en Europa, pero en América quedó codificado –por escrito– con la Constitución de Filadelfia de 1787. Al sistema de gobierno de Estados Unidos se lo denomina “presidencial” para distinguirlo del sistema parlamentario. En la Constitución estadounidense de 1787 se pueden ver recogidas, ampliadas y perfeccionadas las ideas expuestas por Montesquieu⁶ alrededor de cuarenta años antes, al punto de que cada uno de los tres departamentos a los que se encarga y atribuye la configuración del gobierno del Estado tiene claramente delineadas sus funciones específicas. Puede predicarse que la teoría pretende estipular un sistema de ordenación del poder con equilibrio y armonía, mediante frenos y contrapesos recíprocos a cada uno de ellos, con un plan de especialización de las funciones. Así, legislar, administrar y juzgar son banderas clave del itinerario constitucional estadounidense gestado en 1787⁷. Una bonita postal.

⁵ FERREYRA, Raúl Gustavo: Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judiciabilidad de la enmienda, Buenos Aires, Ediar, 2007. Obra también publicada en México, D.F. por Porrúa, 2008.

⁶ MONTESQUIEU: Del espíritu de las leyes, Barcelona, Altaya, 1993 [original circa 1748], p. 115: “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de los asuntos que dependen del ‘derecho de gentes’ y el Poder Ejecutivo de los que dependen del derecho civil. Por el Poder Legislativo, el príncipe o el magistrado promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste Poder Judicial, y al otro, simplemente, Poder Ejecutivo del Estado”.

⁷ La bibliografía sobre la Revolución, la Declaración de 1776 y la Constitución de EE.UU. de 1787 resulta vastísima y requiere un propio universo de ideas. Cito obras cuya inclinación

Las ideas europeas respecto de la separación de las funciones estatales que predominaron durante los siglos xvii y xviii no eran exactamente iguales a las que concretaron los patriotas que forjaron las repúblicas presidencialistas en América del Sur a partir del siglo xix. Aunque el movimiento constitucionalista liberal nació casi contemporáneamente a un lado y al otro del océano Atlántico –v. gr.: Independencia norteamericana en 1776 y Revolución francesa en 1789–, la fisonomía de cada proceso fue, desde luego, distinta. En cierta medida, en la concepción europea, separación o distinción de funciones estatales no habría de significar necesariamente atribuir a cada uno de los departamentos como interdependientes entre sí, y en perfecto equilibrio, una porción bastante simétrica y equivalente de la voluntad estatal. Tal concepción hizo que, de paso, quedara fuertemente mitigada –por no decir casi ausente– la idea de que la jurisdicción fuera uno de los posibles guardianes de la Constitución, nunca el único.

Los textos constitucionales en América del Sud reflejaron, en mayor o menor medida, la estructura de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, según la cual la distinción de las ramas gubernativas significaba no sólo organizar sino también atribuir, con cierta equivalencia al menos en las letras jurídicas fundantes, el reparto de competencias de cada uno de

o afición especial han sugerido determinada devoción en la escritura del argumento en el cuerpo principal del texto. Así, aunque no pueda afirmar que constituya una literatura fundamental, confieso su cualidad de indispensable: REED AMAR, Akhil: *America's Constitution. A Biography*, New York, Random House, 2006; TUSHNET, Mark: *Red, White and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge and London, Harvard University Press, 1988; ZINN, Howard: *A People's History of the United States*, New York, HarperCollins, 2003; ACKERMAN, Bruce: *We the People, Foundations, I*, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991 y *We the People, Transformations, II*, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001; BAILYN, Bernard: *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*, Madrid, Tecnos, 2012; TOINET, Marie France: *El sistema político de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994; TOCQUEVILLE, Alexis de: *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992; TRIBE, Laurence H: *American Constitutional Law*, 2.ª ed., The Foundation Press Inc., New York, 1988 y PRITCHETT, Herman C.: *La Constitución Americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965.

los poderes del Estado. La Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 intenta poner en práctica las ideas sobre los controles y frenos recíprocos, con ejecución paralela de separación de las funciones estatales⁸.

Un estado de cosas fue la relación comunitaria establecida imperativamente por aquella Constitución de Estados Unidos⁹. Su modelo fue tenido muy en cuenta por los constituyentes que fundaron la inmensa mayoría de las repúblicas sudamericanas en el siglo XIX, debido a una sencilla razón: era el único boceto que disponían en aquel momento. La impronta presidencialista con que implicaron a la configuración de sus sistemas de gobierno descansaba en el hecho peregrino de que existía, por entonces, un solo modelo republicano en circulación. Un modelo que gozó de un rápido e inusual prestigio, dado que dio lugar a un contexto de “creciente riqueza, libertad, éxito y poder [...] siempre que no se prestara demasiada atención a las víctimas”¹⁰.

Sin embargo, en el genuino desarrollo de la autoridad ejecutiva, no ha pesado sólo la notable influencia de los Estados Unidos. En la radiografía de los procesos constituyentes en el siglo XIX, en América del Sud debe también contemplarse el caudillismo y el culto a la personalidad. Todo ello en liza con la ilusión de soluciones mágicas para enfrentar la profunda injusticia social originaria. Muchas Constituciones en América del Sud, en especial durante el siglo XIX, más que la fundamentación

⁸ V. CORWIN, Edward S.: “The Constitution as Instrument and as Symbol”, *The American Political Science Review*, Vol. 30, n° 6, American Political Science Association, 1936, pp. 1071-1085.

⁹ Carlos Nino señaló que en el caso de los Estados Unidos, si bien el Poder Ejecutivo es una institución poderosa, sobre todo en el ámbito de las relaciones exteriores, está fuertemente condicionada por el Congreso gracias a su contralor financiero y a la injerencia en materia de designaciones, sea a través de la intervención constitucional del Senado, o mediante leyes que, sin quitarle al presidente su atribución en la materia, regulan esa atribución (NINO, Carlos: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 520).

¹⁰ CHOMSKY, Noam: *Réquiem por el sueño americano. Los diez principios de la concentración de la riqueza y el poder*, México, D.F., Sexto Piso, 2017, p. 19.

del Estado, intentaban alcanzar una dosis de paz estable y duradera, ante aciagos años de guerras civiles que las habían precedido. Por eso carecieron de vigencia, o ésta fue espontánea o episódica.

Como he adelantado, las nacientes repúblicas sudamericanas del siglo XIX, a juzgar por los varios centenares de modelos constitucionales insinuados desde entonces y hasta nuestros días¹¹, trataron de imitar el molde estadounidense de 1787. Sin embargo, el resultado ha sido bastante pernicioso, porque se copió la acumulación y hegemonía del poder estadounidense, pero sin dar lugar al diseño de controles efectivos ni atribuciones compartidas. Por lo tanto, se puede intuir que, desde el punto de vista de la “tecnología social en ciernes”¹² que comporta el Derecho constitucional en América del Sur, la relación entre los poderes constituidos fue de cierta coordinación, ya que el liderazgo presidencial siempre pretende construir una hegemonía suficiente del poder estatal. Tanta concentración de tanto poder colocaría en entredicho las posibilidades de equilibrio constitucional; en particular, en la portada de su sistema (presidencialista), así como de su forma de gobierno (republicana).

II. Tesis y estrategia argumentativa

Aquí emprendo el camino sobre el poder ejecutivo, cuya encarnadura da lugar al presidencialismo, único modelo conocido para dar rienda al sistema de gobierno. En este sentido, presento la tesis primitiva:

Las ordenaciones estatales que se deciden por el tipo de gobierno constitucional de sesgo presidencialista suelen exhibir determinada impotencia o fracaso

¹¹ GARGARELLA, Roberto: La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Buenos Aires, Katz, 2014.

¹² BUNGE, Mario A.: Las ciencias sociales en discusión, Buenos Aires, Sudamericana, 1999, pp. 323 y ss.

mismo de la separación de poderes, alteración que favorece que el órgano ejecutivo se constituya en poder predominante.

En desarrollos posteriores intento su descripción y justificación, siempre en recto examen de sus bases normativas. Nótese, en la inteligencia de la tesis alumbrada, que se estudian dos aspectos determinados del presidencialismo. Por un lado, la concentración de funciones en la persona del líder del proceso; por otro, la posible descalificación del modelo por el predominio que ejerce el presidente sobre los otros poderes constituidos y también sobre los “mecanismos de decisión política en el Estado”¹³. La acumulación de funciones que puede asumir la presidencia se presenta como un obstáculo para la separación racional de las funciones gubernativas. En paralelo, la concentración desmedida de atribuciones ejecutivas se muestra irracional para imaginar la regularidad o estabilidad del orden constitucional.

Sostengo que la concentración de funciones puede ocasionar la inestabilidad institucional. Sin embargo, deseo aclarar que la inestabilidad presidencial no implica asumir esta retrodicción: que un sistema de gobierno parlamentario hubiese observado una mejor performance. No intentaré demostrar que el parlamentarismo es un modelo mejor que el presidencialismo, si acaso existiese un mecanismo o criterio indubitable para comprobar tal ejercicio. Mi aspiración resulta más acotada. No soy promotor de ningún modelo constitucional tradicional o en particular, aunque el hecho mismo de que un Estado adopte un sistema de gobierno parlamentario o presidencialista constituya la “decisión institucionalmente más significativa”¹⁴, porque tiene implicancias con las piezas de su

¹³ CARPIZO, Jorge: El presidencialismo mexicano, México, D.F., Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 220.

¹⁴ ALEGRE, Marcelo: “Por una democracia sin presidentes”, en AA.VV, Teoría y crítica del Derecho constitucional, t. I, “Democracia”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 45.

orden constituyente y la calidad existencial de que podrían disfrutar sus ciudadanos.

Pretendo insinuar cómo se conforma y cómo se elige el poder del presidente y, eventualmente, hallar una justificación para que una sola persona disponga de semejante poder hegemónico, antes de hacer trizas la idea de separación de funciones y las expectativas sobre la racionalidad del obrar humano.

Siempre orientado por la tesis primitiva recién alumbrada, en la sección III esbozo rasgos del sistema presidencialista: una lista de criterios que podrían ser útiles para su descubrimiento y composición jurídica. Adelanto al lector que en este ensayo no resultará posible discernir, por completo, el interrogante “¿quién es un presidente?”. No existe un solo sistema de gobierno que lo regule, ni hay tampoco una sola persona que ejerza la suprema autoridad de la oficina ejecutiva de un Estado. Hay un presidente de Colombia, otro de Brasil y otro de Argentina, quienes, a su vez, han sucedido a otros presidentes y serán sucedidos por otros. “El ciudadano presidente en América del Sud” podría ser el título de un cuento o una novela, pero nunca una monografía o tesis jurídica, dada la diversidad de ciudadanos que han servido a la función y los esquemas que lo sostienen.

Pese a ello, por la vía de aproximaciones sucesivas, intento consolidar un criterio para definir el cuerpo del sistema de gobierno presidencialista. Además, aquí no realizo una tarea comparativa entre textos constitucionales. Sí hago referencia circunstancial a las Leyes fundamentales de la Argentina, del Brasil y de Colombia, “actualmente en vigor”¹⁵, por el hecho de

¹⁵ Conocer el pasado constitucional sitúa dentro de una fuente de interpretación perpetua y permite descubrir fragmentos inagotables e imprescindibles. En este ensayo, si bien no analizo la historia del constitucionalismo en la Argentina, en Brasil y en Colombia, comparto con el lector literatura fundamental que me ha acompañado al configurar estas escrituras. GALLETI, Alfredo: Historia constitucional argentina, t. I y II, La Plata, Platense, 1972-1974; RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos: Constituciones políticas nacionales de Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995; BONAVIDES, Paulo y ANDRADE, Paes de: História constitucional do Brasil, Brasília, OAB, 2002.

que tales instrumentos constitucionalizan las democracias de los tres Estados con mayor cantidad de ciudadanos en América del Sud. Ese significado mencionado y ningún otro –ni directo ni indirecto– hay que pueda atribuirse a la referencia escogida y la demarcación impuesta. Ésta carece por completo de pretensiones inductivas.

La Argentina posee uno de los sistemas constitucionales más antiguo en vigencia, si bien con rupturas y variaciones, desde 1853. Su Ley fundamental resulta considerada desde entonces y con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y, en especial, 1994: me refiero, así, a la Constitución federal de la República Argentina (CFA).

Brasil tiene el sistema constitucional¹⁶ que ordena el Estado con el territorio y la población más extensos, desde 1988. Con sus más de 90 enmiendas¹⁷, se computa desde entonces¹⁸ la Constitución de la República Federativa del Brasil y sus reformas (CRFB 1988).

¹⁶ La descripción realizada del Derecho constitucional de Brasil se sustenta, básicamente, en las siguientes referencias: BONAVIDES, Paulo: Curso de Direito constitucional, San Pablo, Malheiros Editores, 2011; AA.VV.: Comentários à Constituição do Brasil, coordinación científica de Gilmar Ferreira Mendes, José Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck, San Pablo, Saraiva, 2014, 2380 pp.; y BARROSO, Luis R.: Curso de Direito constitucional contemporâneo, San Pablo, Saraiva, 2012; SCHWARCZ, Lilia M. y STARLING, Heloisa M.: Brasil: Una biografía, Buenos Aires, Debate, 2016.

¹⁷ V. Presidência da República: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm, consultado por última vez el 31/3/2018.

¹⁸ En Brasil, la Constitución de 1988 (con sus enmiendas) es el régimen jurídico elegido por sus ciudadanos. En el período 1988-2017, más allá de retrocesos y turbulencias, la economía, los negocios, la producción, el empleo y las finanzas han crecido de modo sostenido y con los mayores márgenes y porcentajes de toda su historia. También durante el período examinado, aunque no se ha curado de ninguna manera la distribución inequitativa de la riqueza y del acceso al disfrute de los bienes sociales, una importante cantidad de brasileños han podido salir de la indigencia y de la pobreza. La flagrante injusticia social no se ha eliminado ni sucederá en las próximas décadas. Sería injusto atribuir la dinámica de esas situaciones a la vigencia de una regla de juego básica, la Ley fundamental de 1988. La misma naturaleza ingenua se revelaría, acaso, si se pensara que el crecimiento descomedido del capital y la frágil reducción de la pobreza en nada se relacionan con la vigencia débil, pero vigencia al fin de cuentas, de una Constitución vulnerable.

Colombia es un país herido por una epidemia de violencia y en el que el “uso de las armas” no es ni ha sido “monopolio de nadie”¹⁹: una enfermedad iniciada al menos desde 1946. Actualmente, con su Constitución Política y sus reformas (CPC 1991)²⁰, representa un desafío mundial, porque la singularidad decisiva de su Ley fundamental constituye el bien colectivo más robusto para conquistar la paz.

El hecho de elegir algunos moldes constitucionales bordeados en esos tres países no implica trazar generalizaciones para el resto de los modelos que existen en América del Sur, ni denominadores comunes entre ellos mismos. Sin embargo, evitar las predicciones inductivas no desvanece la posibilidad de realizar comparaciones jurídicas, dado que todos los modelos elegidos por los diferentes Estados en América del Sud para el gobierno constitucional son, gracias a un juicio moderado, intensamente presidencialistas²¹.

III. Sobre el presidencialismo

Las democracias constitucionales, guardadas bajo la forma republicana, ofrecen dos sistemas de gobierno: el presidencial y el parlamentario. Sin embargo, no hay un modelo presidencial que sea igual a otro. Tampoco existe un modelo parlamentario exactamente idéntico a otro. Cada modelo estatal apuntado para

¹⁹ HOBBSAWM, Eric: ¡Viva la revolución!, Buenos Aires, Crítica, 2018, p. 431.

²⁰ La descripción realizada del Derecho constitucional de Colombia tiene como referencias las siguientes obras: LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y TANGARIFE TORRES, Marcel: Constitución política de Colombia. Origen, evolución y vigencia, t. I, II y III, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, Pontificia Universidad Javeriana-Ediciones Rosaristas, 1996; LLERAS DE LA FUENTE, Carlos, ARENAS CAMPOS, Carlos A., CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto: Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá-Departamento de Publicaciones, 1992; MELO, Jorge Orlando: Historia mínima de Colombia, Madrid, Turner, 2017.

²¹ Quizá fuese aplicable aquí la conocida sentencia de Tolstoi: “Todas las familias dichosas se parecen entre sí, del mismo modo que todas las desgraciadas tienen rasgos peculiares comunes” (Tolstoi, León: Ana Karenina, Barcelona, Juventud, 2015, p. 5).

el sistema de gobierno republicano, en ambas especies, posee cualidades inherentes que lo distinga dentro del propio linaje.

Por ejemplo, Estados Unidos (Constitución de 1787 y sus enmiendas) y Colombia (CPC 1991 y sus reformas) adoptan el sistema de gobierno presidencial, pero cada una de sus Leyes fundamentales lo hace con semánticas prescriptivas distintivas. Resulta posible compararlas, pero no trazar simetrías entre ellas. Alemania (Ley Fundamental de Bonn de 1949 y sus reformas) e Italia (Constitución de 1947 y sus reformas) son repúblicas que adoptan modelos parlamentarios. Sin embargo, en cada una de ellas el sistema de gobierno resulta peculiar y hasta excluyente, si se ejerciere, acaso, una comparación finita de los moldes jurídicos respectivos. Además, entre el parlamentarismo y el presidencialismo navegan algunos sistemas de compleja nominación: el semipresidencial francés (Constitución de 1958 y sus reformas) o el colegiado suizo (Constitución del 2000).

Desde la invención del Estado constitucional producida con la Ley suprema de los Estados Unidos de 1787, no existe una patente que asegure que un modelo de sistema de gobierno ha de funcionar en cualquier lugar del mundo, con apego a las determinaciones normativas que lo autoricen a hacerlo. La Constitución, al igual que un vehículo, una computadora o un teléfono celular, es un objeto tecnológico, fruto de la razón y de la experiencia humanas. Sin embargo, su puesta en funcionamiento no es semejante al resto de los objetos mundanos mencionados. El manual de uso de una Constitución, a diferencia del de un vehículo, una computadora y un celular, es implementado por los ciudadanos y los servidores públicos.

En la búsqueda de una definición, la tesis de que “un sistema presidencial no es parlamentario y uno parlamentario no es presidencial”²², aunque es un avance irreprochable porque autoriza la exclusión mutua de los modelos confrontados, no

²² SARTORI, Giovanni: Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 97.

resulta del todo suficiente. Tampoco lo es afirmar que la diferencia entre el parlamentarismo y el presidencialismo resida en el hecho de que en el primero se privilegie la cooperación y se intente asegurar una armoniosa representación; mientras que en el segundo se afirme la gobernanza ejecutiva apoyada en el juicio de la mayoría, porque “el ganador se lleva todo”²³ –añado: por un tiempo. Por último, poco se intuirá si se afirma que en los sistemas de gobierno parlamentarios se “comparte” el poder; mientras que en los sistemas de gobierno presidenciales eso no sucede, ya que prima el monólogo.

En la Argentina, la CFA dedica las cuatro secciones del Título primero “Gobierno federal” de su Segunda Parte, “Autoridades de la Nación”, a la división del poder y la asignación de atribuciones a los órganos encargado de su ejercicio institucionalizado. Así, la sección primera comprende al “Poder Legislativo” (arts. 44 al 87); la sección segunda, al “Poder Ejecutivo” (arts. 88 al 107); la tercera, al Poder Judicial (arts. 108 al 119) y la cuarta, al Ministerio Público (art. 120).

En Brasil, La Constitución CRFB 1988 dedica los tres capítulos del Título IV a la “Organización de los Poderes”. Así, el Capítulo I (arts. 44 al 75) se destina al “Poder Legislativo”; el Capítulo II (arts. 76 al 91), al “Poder Ejecutivo”, y el Capítulo III (arts. 92 al 134), al “Poder Judicial”.

En Colombia, la CPC 1991 define en su artículo 113 que son “Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial”. En el párrafo siguiente, pese a ser un instrumento más moderno que el argentino y el brasileño, y quizá para aumentar la desconcentración de un ciudadano desprevenido, se dispone que “Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente

²³ LINZ, Juan: “Democracia presidencial o parlamentaria. ¿Hay alguna diferencia?”, en AA.VV.: Presidencialismo vs. Parlamentarismo. Materiales para el estudio de la Reforma constitucional, Consejo para la consolidación de la democracia, Buenos Aires, Eudeba, 1988, p. 40.

para la realización de sus fines”. Dentro del Título VI de la CPC 1991, se regula la “Rama Legislativa” (desde el art. 132 hasta el 187). En el ámbito del Título VII, se dispone la regulación de la “Rama Ejecutiva”, (art. 187 hasta el 227). A su turno, la “Rama Judicial” resulta reglada en el Título VIII (art. 228 hasta el 257).

En toda comunidad democrática sus ciudadanos libres son soberanos. En el ejercicio y desarrollo de la soberanía de su libertad, no pueden existir otros límites que el respeto por igual libertad de cada otro ciudadano y las razonables exigencias para garantizar las existencias en paz. La agregación de las soberanías ciudadanas dispuestas para su autogobierno individual resulta el único modo para explicitar el autogobierno de una comunidad. Ningún ciudadano requiere de la división de su poder para autogobernarse. Esto resultaría incompatible con su irreductible soberanía individual. Sin embargo, el principio divisorio resulta una cuestión sin claudicaciones para ofrecer el autogobierno de Derecho para la comunidad. El desarrollo del autogobierno de los ciudadanos en una comunidad sólo puede ser explicitado en una democracia, con la justeza y con la destreza que se exhiban para dividir el poder comunitario que se empleará para la gobernanza.

La Argentina, Brasil y Colombia deciden, respectivamente, cada uno con sus propios matices, procesar la división del poder en sus casas republicanas²⁴. No existe una división del poder superior a otra, ni una peor a otra. La idea de dividir el poder no tiene rival, desde que la concentración de su ejercicio carece de cualquier posibilidad de comprensión o justificación racional. Apréciase que de la idea que fulmina el rechazo enérgico de

²⁴ Destaco aquí una curiosidad que delata la exquisita antigüedad del texto argentino. La extensión de su Ley fundamental es más breve que la colombiana y la brasileña. Sin embargo, en la arquitectura jurídica, la división del poder establecida para la Argentina ocupa alrededor de las dos terceras partes de las letras constituyentes de naturaleza permanente. Mientras que a idénticos fines y efectos, las letras brasileñas y colombianas, respectivamente, ocupan alrededor de una tercera parte de las letras constituyentes de sus Estados. No corresponde derivar de ello ninguna otra conclusión que la referida a la propia forma de escribir la literatura jurídica.

cualquier fórmula sobre la indivisión del poder y que hace un apostolado por su realidad dividida, se derivan, decididamente, una afirmación y una negación. Así, se afirma el sostén tesonero sobre las reglas mismas y se debe negar la práctica de cualquier culto a la persona de cualquier líder. Quizá las reglas puedan ser objeto de cultivo, nunca las personalidades.

El presidencialismo ensayado en la Argentina, en Brasil y en Colombia –en cada país con sus cualidades propias– constituye un sistema de gobierno con poderes legislativos, ejecutivos y judiciales separados, pero bajo la “batuta” de un director absoluto. Antes de su invención por el Derecho, por cierto, no había presidencialismo. Al ser objeto de trasplante desde su fuente original hacia América del Sur, aunque se dispuso con intransigencia significativa la idea de poder dividido, al mismo tiempo se decidió la instalación de una autoridad absoluta: el regio presidente.

Enumero una serie de cualidades elementales que permiten comprender al sistema presidencial, con arreglo a trazos que emergen de los países elegidos de América del Sud. Las pretensiones son limitadas: no intento la puesta en escena de una uniforme línea de acción dramática. Quiero enunciar, apenas, rasgos básicos para caracterizar un modelo presidencial. Advierto, además, que la fecundidad del modelo descansa en la conjugación de la totalidad de los criterios ilustrados para definirlo. Para ello realizo una exposición y un análisis detallado. Recuérdese que en la sección II menciono la “concentración de atribuciones” y la “inestabilidad del régimen”. Más abajo, en la sección III, dentro de esta misma sección, llevo adelante un inventario de la presidencia, coronada con una definición. Luego de ofrecer una clasificación, brindo, por último, una comprensión acabada del asunto relativo a la estabilidad e inestabilidad del régimen presidencialista.

Basta por ahora, como simple adelanto, individualizar constitucionalmente las investiduras de cada uno de los presidentes de las repúblicas seleccionadas. La CFA ordena, en su artículo 87, que el “Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un

ciudadano con el título de ‘Presidente de la Nación Argentina’”. La CRFB 1988 decide, en su artículo 76, que el Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República, auxiliado por los Ministros del Estado. La CPC 1991, en su artículo 188, define que el “Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos”.

En un Estado constitucional, hacer la ley y realizarla son tareas fundamentales. Los congresistas son los hacedores por antonomasia de las leyes y los jueces algunos de sus realizadores. Bien se ha advertido que mientras que la tarea de configuración legal y la tarea jurisdiccional “denotan funciones de gobierno claramente definibles así como métodos enteramente constantes para su desempeño”, el poder ejecutivo es “todavía indefinido en cuanto a su función”²⁵. Hay una pizca de verdad: el poder presidencial es residual en un gobierno con departamentos separados; sin embargo, sus prerrogativas son tendencialmente dominantes respecto de los otros poderes constituidos.

La elección del líder del proceso constitucional se realiza, de modo directo y sin intermediaciones, por el cuerpo electoral y por un tiempo determinado. En la CFA, por ejemplo, se ordena lo siguiente:

Artículo 94. El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el Pueblo, en doble vuelta, según lo establece esta Constitución. A este fin el territorio nacional conformará un distrito único.

Artículo 96. La segunda vuelta electoral, si correspondiere, se realizará entre las dos fórmulas de candidatos más votadas, dentro de los treinta días de celebrada la anterior.

²⁵ CORWIN, Edward S.: El poder ejecutivo. Función y poderes 1787-1957. Atribuciones y funciones del Presidente de los EE.UU. a través de la historia y el análisis de la práctica constitucional, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1959, p. 5.

Artículo 97. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta, hubiere obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación.

Artículo 98. Cuando la fórmula que resultare más votada en la primera vuelta hubiere obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que le sigue en número de votos, sus integrantes serán proclamados como Presidente y vicepresidente de la Nación.

En la CRFB 1988 se dispone:

Artículo 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

1º A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

Por su parte, en la CPC 1991 se ordena:

Artículo 190. El Presidente de la República será elegido para un período de cuatro años, por la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley.

Si ningún candidato obtiene dicha mayoría, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las más altas votaciones. Será declarado Presidente quien obtenga el mayor número de votos.

Recuérdese que en Colombia el sufragio para la elección del presidente de la República es voluntario o facultativo. En cambio, en Brasil y en la Argentina, para idénticos fines y efectos, es obligatorio.

El sistema de gobierno presidencial, ya sea en su versión argentina, brasileña o colombiana, al generar comicios directos para elegir al encargado del órgano ejecutivo, persigue una tentación irresistible: el encuentro “de” y “con” un oficial principal del pueblo. En la flora y fauna del régimen constitucional sudamericano, que opta por el modelo presidencial, no hay dudas acerca de las “mágicas” palabras generadoras: “frotar la lámpara y elegir un oficial del pueblo”.

El mecanismo plebiscitario establecido en la Constitución de Francia de 1848 generó una “profunda repercusión en América Latina”²⁶. Aquella Constitución fue la primera Ley fundamental que dispuso el sistema de gobierno presidencial en Europa y su elección directa por el cuerpo electoral²⁷. Aunque muchos

²⁶ VALADÉS, Diego: “Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina: Una reflexión sobre el *ius constitutionale commune latinoamericano*”, en AA.VV.: Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, t. IV, vol. 2, “Estado constitucional”, México, D.F., UNAM, IJ, 2015, p. 835.

²⁷ Para ratificar esta aserción basta leer algunos artículos de la Constitución de la Segunda República Francesa, del 4 de noviembre de 1848. Me he permitido enfatizar en cursiva la naturaleza del sufragio y del cargo ejecutivo como las condiciones de elegibilidad y el propio procedimiento de elección.

“Art. 24. El sufragio es directo y universal. La votación es secreta”.

“Art. 25. Son electores, sin condición de censo, todos los franceses con veintiún años de edad, y que gocen de sus derechos civiles y políticos”.

Art. 43. El pueblo francés delega el Poder ejecutivo a un ciudadano que recibe el título de presidente de la República”.

modelos constitucionales en América del Sud durante el siglo XIX siguieron el modelo estadounidense de elección presidencial indirecto, hoy se trata, prácticamente, de un modelo abandonado. Actualmente, la abrumadora mayoría de los Estados sudamericanos apelan, para elegir a su presidente, al modelo constitucional francés, fundado en el principio mayoritario para escoger un líder. Este modelo, sin dudas, legitima al oficial del pueblo que se ha de elegir. Empero, al mismo tiempo, genera un nacimiento cada cuatro años de un nuevo “animal político”: el “monopresidente”.

La segunda vuelta electoral persigue una calificación, por las urnas, de un candidato, aunque por lo general se presenta un binomio: el vicepresidente que acompaña en la fórmula política. En los modelos examinados, además, a la segunda vuelta electoral sólo concurrirán las dos fórmulas para presidente y vicepresidente que hayan obtenido el primero y el segundo lugar, respectivamente, en la escala de preferencias de los votos contabilizados en la primera ronda.

Los sistemas electorales no son ni buenos ni malos. Son modelos que se escogen para congregarse las preferencias ciudadanas y permitir que los ciudadanos que integran el pueblo puedan expresarlas individualmente. No haré aquí una tipología de los sistemas electorales, si acaso ello fuese factible, aunque cabe mencionar que el modelo elegido –sea de naturaleza mayoritaria o de naturaleza proporcional– tendrá incidencia cabal sobre el resultado de la elección ciudadana. No existen

“Art. 45. El presidente de la República es elegido por cuatro años. Sólo será reelegible después de un periodo de cuatro años. Tampoco pueden ser elegidos después de él, dentro del mismo periodo, ni el vicepresidente, ni ninguno de los parientes o aliados del presidente, hasta el sexto grado inclusive”.

“Art. 46. La elección tiene lugar de pleno derecho el segundo domingo del mes de mayo. En el caso de que, por causa de deceso, dimisión o por cualquier otra causa, el presidente fuera elegido en otra fecha, sus poderes expirarían el segundo domingo del mes de mayo del cuarto año siguiente al de su elección. El presidente es nombrado, con voto secreto y por mayoría absoluta de los votantes, por sufragio directo de todos los electores de los departamentos franceses y de Argelia”.

sistemas electorales mayoritarios puros ni sistemas electorales de representación proporcional puros, porque la inspiración de cada modelo se vincula con la aplicación que merezca en cada Estado. Dicha ponderación, por cierto, no puede hacer que se desconozcan sus objetivos, dado que en los sistemas electorales “mayoritarios”, por regla, existirá un “ganador que se quedará con todo”²⁸; mientras que en los de sistemas de “representación proporcional” el “triunfo es compartido y sencillamente se requiere un porcentaje electoral”. Por ende, se puede predicar que en los sistemas mayoritarios el elector debe dirigir, por regla, su preferencia hacia un candidato individual, mientras que en los sistemas proporcionales, por regla, la canalización del voto se orientará hacia la lista de un partido político.

El sistema electoral para la elección presidencial, con doble vuelta electoral, escogido en la Argentina, en Brasil y en Colombia constituye un modelo de inspiración mayoritaria. El elector sufragará, casi con seguridad, dos veces. En todos los casos se persigue el encuentro de un “vencedor indiscutible”²⁹. En Brasil y en Colombia los enunciados constitucionales configuran un premio que se compadece con determinada consideración aritmética: los ganadores, para quedar investidos en tal carácter, deben alcanzar la mayoría absoluta de los sufragios ciudadanos. Una “sabia exigencia”³⁰ jurídica. En cambio, en la Argentina se ha constitucionalizado una distorsión singular, desde que bastaría acumular una mayoría relativa –el 40% de los sufragios– para ser computado como premio electoral, a condición de que el primer binomio hubiese obtenido una ventaja de “diez puntos porcentuales respecto del total de los votos sobre la fórmula que le sigue en número de votos”³¹.

²⁸ SARTORI, Giovanni: ob. cit., p. 15.

²⁹ *Ibíd.*, p. 17.

³⁰ *Ibíd.*, p. 25.

³¹ Quizá, el poder constituyente reformador en la Argentina (1994) para alejarse de la certeza indubitable que desde tiempo inmemorial proviene de la aritmética y rige el mundo, se haya inspirado en el verso “Todo es igual; nada es mejor” (“Cambalache”, [1934]), aunque

En el primer turno electoral, en la Argentina, en Brasil y en Colombia, se presentarán una decena –o más– de candidatos para presidente de la República. En esa instancia electoral, el ciudadano se encuentra con suficiente cercanía a determinadas propuestas encaradas por el candidato. El programa electoral ofrecido, por lo tanto, podría llegar a constituir –repito, en la primera vuelta electoral– un elemento de cohesión de la personalidad ciudadana del sufragio. Quizá, en esa primera ronda, el candidato obtenga la “mayoría absoluta” requerida constitucionalmente en Brasil y en Colombia, o la “mayoría relativa” prescrita en la Argentina. Así, no existiría segunda vuelta para elegir presidente. Todos los candidatos, aunque no lo digan, se preparan para una segunda vuelta.

En la Argentina, desde la instauración del mecanismo en 1994 hasta el presente, de los seis turnos para elegir presidente (1995, 1999, 2003, 2007, 2011 y 2015), sólo en uno de ellos existió segunda vuelta (2015).

Brasil, con su Constitución de 1988, ha elegido presidente en siete ocasiones. Así, se votó en 1989, 1994, 1998, 2002, 2006, 2010 y 2014; en cinco de los turnos electorales se produjo la segunda vuelta (1989, 2002, 2006, 2010 y 2014).

En Colombia, a partir de su Ley fundamental de 1991, se ha elegido presidente en seis ocasiones (1994, 1998, 2002, 2006, 2010 y 2014), y en cuatro de los comicios se produjo la segunda vuelta (1994, 1998, 2010 y 2014).

Si se sumasen los turnos para escoger presidentes en los tres países enfocados, el resultado sería 19 comicios³²; en diez de ellos se produjeron segundas rondas electorales, con la

sin comprender el confeso sentido de amarga y desilusionada crítica institucional y social de aquel tango argentino de Enrique S. Discépolo.

³² Un escritor nunca finaliza su tarea porque el acto de escribir es infinito. Las escrituras, sin ambages, pueden quedar definidas y mostrar determinado grado de conclusión. Estas letras quedaron concluidas el 31/3/2018. Para el 27/5/2018 se encuentra prevista la primera vuelta para elegir presidente de la República de Colombia: 2018-2022; la segunda vuelta se encuentra contemplada para el 17/6. En Brasil se elegirá presidente de la República para

salvedad de que en la Argentina, en 2003, uno de los candidatos no se presentó a la segunda vuelta porque presumía que perdería (así se evitó el gasto pero no el aumento de su descrédito ciudadano). Además, fruto de las reelecciones, en esos 19 turnos fueron elegidos trece presidentes, sólo tres de ellos obtuvieron más del 50% de los sufragios en la primera vuelta electoral: Cristina Fernández de Kirchner (2011); Fernando Henrique Cardoso, en sus dos ocasiones (1994, 1998); y *Álvaro* Uribe Vélez, también en sus dos oportunidades (2002, 2006).

Ahora bien, esa tendencia unificadora o cohesiva que el elector puede demostrar en apoyo a un programa de gobierno posee fecha de vencimiento: la noche en que se brindan los resultados de la primera ronda. En ese momento desaparecen del muestrario una gama importante de las preferencias de las que dispusiere el ciudadano. En la Argentina y Brasil, donde el sufragio es obligatorio, el ciudadano se encuentra ante el panorama de lo “debido”: tendrá la obligación de sufragar, en la segunda ronda electoral, por uno de los dos candidatos que competirán en ella. Tales aspirantes a la presidencia, probablemente, no hayan sido elegidos en la primera vuelta por el ciudadano, quien deberá optar entre uno de ellos para cumplir con sus deberes constitucionales.

Desde la noche en que se hayan escrutado provisoriamente los votos y conocido los resultados de la primera ronda electoral hasta el cierre de campaña previsto para la segunda vuelta, se ha de originar otro momento extraordinario. Los dos candidatos a presidente de la República habrán de provocar el apoyo de los votantes que no se los hayan confiado en la primera ronda. Los doctrinarios que apoyan honestamente este modelo mayoritario, con segunda vuelta electoral, guardan ilusiones. Por ejemplo, que existirá un diálogo con los ciudadanos, renovado o apuntalado por acuerdos sobre la futurible gobernanza, en este breve y nuevo momento de campaña. Nada de eso sucederá

cubrir el período 2019-2023, en los comicios previstos para el 7/10/2018; la segunda ronda electoral ha sido fijada para el 28/10.

porque –reitero– se votará a una persona o a otra, exista o no exista debate entre los dos candidatos. Se podría contestar que un candidato, en algunas cuestiones, es más progresista que el otro, que se muestra más conservador. También que un candidato posee ideas más liberales y el otro, ideas más socialistas.

Penosamente, la segunda vuelta electoral no favorece, en la práctica, la construcción de acuerdos sustentables ni la discusión de programas e ideas que, con vigor, ayudarían a racionalizar³³ el sistema presidencial³⁴. La segunda ronda aumenta de manera decisiva las pasiones electorales, a veces hasta el paroxismo de desconocer al otro candidato. Un ejercicio recíproco de las campañas: buscar un triunfo jamás debería excluir o negar al adversario. En efecto, este incremento de las pasiones por encima de las razones le hará creer al presidente que resulte electo que se encuentra respaldado por una mayoría real de ciudadanos.

El presidente, a cargo del poder ejecutivo, es una persona que reunirá una concentración inusitada del poder, fruto de la misma naturaleza escogida para su elección vía sufragio universal. Por lo general, además, será electo por una dedicada mayoría absoluta de ciudadanos. Frente a los ciudadanos, en principio, sería “responsable políticamente”³⁵, hasta nuevo aviso electoral o acontecimiento fatal que impida la prosecución del mandato.

La elección directa del presidente, con los alcances y las condiciones descritas, dispone una buena cuota de legitimación

³³ E. Raúl Zaffaroni se pregunta “¿Es racional el presidencialismo? ¿Hasta dónde es racional un sistema que concentra las funciones del jefe de Gobierno y del jefe de Estado en una persona? En América Latina suele defenderse este superpoder con el argumento de una supuesta necesidad de Ejecutivos fuertes porque estamos habituados al caudillismo, lo que encierra varias falacias. Es verdad que hay personas con particulares dotes de empatía con la ciudadanía, pero esa condición política es personal y no la otorga ninguna ley. Quien la posea se destacará en cualquier sistema. Se podría reformular el viejo adagio: Lo que natura non da la Constitución non presta”. ZAFFARONI, E. Raúl: “Elogio del parlamentarismo”, ob. cit., p. 6.

³⁴ VALADÉS, Diego: El gobierno de gabinete, Buenos Aires, UNAM-Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 13.

³⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Los presidencialismos latinoamericanos”, en AA.VV.: Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Estado constitucional, t. IV, vol. 2, México, D.F., UNAM, IJ, 2015, p. 404.

originaria al escogido³⁶. Repárese, por cierto, que dicha justificación en el origen, gracias a la ingente movilización ciudadana, podría cultivar el personalismo: un vicio que le permitiría al presidente “abusar del poder, como pasó con tantos personajes sin más visión ni competencia”³⁷ que la necesaria para seguir ligados al cargo.

Dentro del marco de la elección directa por los ciudadanos, la cuestión de la duración del mandato también posee un matiz determinante. Hay que elegir un presidente para liderar el proceso constitucional por determinada e inflexible cantidad de años. No importará, luego, si existieron maquinaciones, engaños o un notable abuso del poder, porque las atribuciones son extensas y relevantes. Todo se reduce a eso: elegir directamente a una persona, investida con toda la magistratura y a delegar en él poderes suficientemente hegemónicos por cuatro años (esa es la duración en la Argentina, Brasil y Colombia), con posibilidades inmensas para reelegir, como es el caso de la habilitación constitucional consentida, actualmente, en la Argentina (art. 90, CFA)³⁸ y en Brasil (arts. 82 y 14, ap. 5, CFRB 1988)³⁹. Felizmente,

³⁶ La última elección para escoger presidente y vicepresidente de la República que se realizó en Brasil fue en 2014. El binomio triunfador, en la segunda vuelta electoral, alcanzó casi 55.000.000 de votos, expresión de más del 51% de los sufragios válidos. En la Argentina la última elección presidencial para elegir presidente y vicepresidente de la República se cumplió en 2015. El binomio que alcanzó el éxito en la segunda vuelta electoral obtuvo casi 13.000.000 de sufragios, expresión más del 51% de los votos ciudadanos.

³⁷ BUNGE, Mario: “El presidencialismo, un verdadero cáncer”, Buenos Aires, La Nación, 21/7/2009, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/1152736-el-presidencialismo-un-verdadero-cancer>, consultado por última vez el 7/6/2018.

³⁸ En el art. 90 de la CFA se dispone que “El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un sólo período consecutivo. Si han sido reelectos, o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período” (énfasis agregado).

³⁹ La CRFB 1988, según su texto originario, prohibía la reelección presidencial. La autorización fue dispuesta en 1997. Hoy, la reelección presidencial se rige por la conjugación de los arts. 82 y 14, ap. 5.

“Art. 82. O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição”.

en la CPC 1991, a partir de una reforma instituida en 2015, se ha prohibido la reelección en el artículo 197 reformado.

Al elegirse un presidente en los tres países analizados, dicho servidor público ejercerá la autoridad suprema ejecutiva, monologada y a discreción. De este modo, se esperaría un juicio equilibrado, ponderado y racional de una sola persona las 24 horas de cada uno de los días que durará su servicio en los cuatro años determinados para el mandato constitucional. Ciertamente, se trata de una vara muy alta, posible en la lógica pero imposible en la rutina empírica. La experiencia de 2.500 siglos demuestra que no hay animal racional que posea tal virtud. Quizá, en el futuro, la inteligencia artificial asegure otra alternativa.

Durante su período, el presidente empleará gran parte de su energía, en el caso de la Argentina y de Brasil, para robustecer sus posibilidades de reelección. En tales casos, durante su “primer período” insinuará los siguientes mensajes: 1) que cuatro años es muy poco para cumplir la tarea de reformas que desea realizar, porque ha recibido la economía devastada, las finanzas angostadas, el empleo en caída, la educación y la salud pública desatendidas, las relaciones internacionales descuidadas y, en fin, el buen vivir en crisis; 2) que se compromete a cumplir el plan de reformas en un segundo período; 3) que en la comunidad no existe otra persona enteramente capaz, como sí lo es él, para liderar la providencia o el buen vivir comunitario; 4) que se postula para la reelección en el cargo ejecutivo para un nuevo período, en una disputa política que centralizará el último tercio de existencia de su primer mandato para el cual fue constitucionalmente elegido.

El tiempo determinado para el cargo ejecutivo, además, constituye un elemento que hace a la rigidez del modelo y dificulta las capacidades para la maniobra y la búsqueda del

“Art. 14, ap. 5º: O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente” (énfasis agregado).

consenso político. El presidente, al carecer de la facultad para disolver las Cámaras del Congreso, tendrá pocas oportunidades para resolver disputas políticas, si es que estas últimas destellan, auguran o denotan ostensible complejidad.

No hay que echar las culpas a los inventores del poder presidencial. Las prerrogativas de este oxímoron “príncipe republicano”⁴⁰ fueron imaginadas para instituciones separadas que deben compartir el gobierno de la comunidad, pero que muchas veces competirán entre sí. Para aliviar esa competencia política, quizá, se pensó que departamentos compartimentados, con potestades exclusivas y descritas con rigidez semántica, favorecerían el clima de gobierno. En el sistema de gobierno presidencial, la práctica dominante o débil de los presidentes provoca que esa rigidez, en muchas ocasiones, deje atrapado al “príncipe” en un laberinto del que ni siquiera podrá salir por arriba, como ha enseñado el poeta argentino⁴¹.

El presidencialismo es un sistema regido, sustantivamente, por la confianza ciudadana expresada en un comicio. Ello significa que por vía de principio no existe el voto de confianza institucional o acuerdo parlamentario sustentable, que sí se establece en los sistemas de gobierno parlamentario.

El presidente rinde cuentas, alentado por la fuerza normativa de lo fáctico, básicamente, ante el electorado, cuerpo que le puede renovar su confianza o no repetirla en una nueva elección. Las elecciones presidenciales, sobre todo cuando aspira a su reelección en el cargo, constituyen verdaderos bancos de prueba para las políticas públicas que se desplegaron y, en

⁴⁰ La palabra “príncipe” ofrece una destacable polisemia. Aquí, se la utiliza en la siguiente orientación semántica, según define el Diccionario de la Lengua Española: “... que por su excelencia sobresalen entre los demás de su clase o especie”. Ciertamente, en una “república” en la que todos sus ciudadanos son igualmente libres, no debería existir tal lugar para que un individuo sobresaliese por su poder. Sin embargo, en las democracias presidencialistas, el presidente, al ser elegido del modo en que se escoge para hacerlo y bajo las condiciones que asumirá su liderazgo, es autorizado a emplear tal poder, garantizado, al menos, desde la simple, alusiva e inofensiva canalización que sugiere la metáfora.

⁴¹ MARECHAL, Leopoldo: *Laberinto de amor*, Buenos Aires, Ediciones Sur, 1936, p. 48.

especial, las que se prometen en el futuro. Esto no significa que no existan mecanismos de responsabilidad política en la propia Constitución. El presidencialismo alberga un régimen para la destitución del jefe del ejecutivo, cuyas líneas principales fueron esbozadas en el impeachment contemplado en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 (art. I, 3ª sección).

El presidente de la Argentina puede ser destituido por juicio político; acto atribuido al Senado de la República (art. 60, CFA); cabe aclarar que en toda la historia republicana ningún presidente ha sido destituido por esta vía congresual. En Brasil se han desarrollado casos asombrosos de “processo” (art. 51, inc. 1º, CRFB 1988). Su historia más reciente muestra el juicio celebrado en 1992 contra el presidente Fernando Collor de Mello. Más reciente, en 2016, la presidenta Dilma Rousseff fue enjuiciada y sancionada con la “pérdida del cargo”, decisión trazada por mayoría en el Senado (art. 52). Por su parte, en Colombia la destitución también la dispone el Senado, según se ordena en el artículo 175, apartado 2º de la CPC 1991.

La acusación constitucional que puede originar un juicio político se funda, por regla, en el mal desempeño del cargo o en el abuso del poder⁴². Sin embargo, con frecuencia, los textos constitucionales son exageradamente genéricos al definir la causal que originaría el juicio de residencia del titular del poder ejecutivo. El principal problema para la radicación de un juicio político no reposa tanto en la causal configurada para destituir y estimular el proceso. Los presidentes tienen mayorías congresuales relevantes, que se integran por miembros de sus partidos o fuerzas políticas aliadas, razón por la cual en estas mayorías descansa la indisponibilidad segura del enjuiciamiento político. La denuncia, el juicio y la remoción política son un “negocio muy difícil”⁴³ en el sistema presidencialista, en virtud de que

⁴² V. BIDART CAMPOS, Germán: “El abuso ‘de’ Derecho en el Derecho Público”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (separata), Buenos Aires, La Ley, 2003.

⁴³ ACKERMAN, Bruce: La nueva división de poderes, México, D.F, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 42.

la mayoría congresual que se determina para su admisibilidad y procedencia reviste naturaleza extraordinaria y difícil de alcanzar.

En el régimen examinado, el presidente concluye su tarea por la finalización temporal de la designación. El gobierno ejecutivo del Estado es una atribución del presidente y, salvo que sea destituido por el Congreso (hecho que casi nunca sucede), dimita o sea declarado incapaz o fallezca, culminará su tarea constitucional.

No es una propuesta de *constitutione ferenda*, ni valiosa en sí misma porque se juzgase inidóneo al sistema presidencial. Sin embargo, para ser coherente dicho modelo de gobierno, dado que dispone de la elección directa del jefe del gobierno y jefe del Estado –reunión que se produce en la unidad de una persona–, debería contemplar la posibilidad concreta de la revocatoria del mandato del titular del órgano ejecutivo⁴⁴. Pienso, así, respecto del derecho de un porcentaje razonable del electorado a requerir la revocación del mandato fundándose en causas relacionadas con el mal desempeño o el desempeño inconstitucional del presidente. Si éste resulta elegido de manera directa por el cuerpo electoral, no se alcanzarían a vislumbrar las razones que inhibirían un proceso de destitución que tenga fuente semejante de nutrición. En ese “mano a mano” constitucional, la petición ciudadana de revocatoria del mandato del presidente, si prosperase, podría ser sometida a la participación obligatoria del cuerpo electoral, por ejemplo, mediante la vía de referéndum o plebiscito, o la que se escogiese.

En cuanto a sus facultades, el presidente elegirá a sus colaboradores, determinará la política y la relación con las fuerzas

⁴⁴ La última presidente electa en la historia constitucional de Brasil, Dilma Rousseff, necesitó en 2014, para su reelección, más de 55 millones de votos ciudadanos para acceder al cargo. Nótese que bastaron, en 2016, 61 votos de servidores públicos, senadores de la República, para invocar la pérdida de su investidura constitucional obtenida con legitimación en las urnas. No hay ni paralelismo ni congruencia en las formas constitucionales. Si se asume la elección directa, pareciera que la pérdida del cargo constitucional debería asumir mecanismos semejantes de decisión ciudadana sin intermediarios ni vacilaciones.

políticas. Además, el presidente de la República en Colombia “ nombra y separa libremente a los Ministros del Despacho ” (art. 189, inc. 1°, CPC 1991). Una situación análoga se comprueba en la Argentina (art. 99, inc. 7°, CFA) y también en Brasil (art. 84, inc. 1°, CRFB 1988). La atribución concedida a la autoridad suprema ejecutiva para nominar y exonerar a sus ministros no se ve menguada por el hecho de que el Congreso pueda citar a dichos colaboradores presidenciales o éstos se encuentren obligados por la Ley fundamental a dar informes sobre la gestión o, eventualmente, sean incitados a la renuncia a su cargo.

El poder de nominación y designación del presidente es casi omnímodo, porque completa las parcelas de su gabinete conforme su leal saber y entender, sin injerencia ni acuerdo ni recomendación congresual. De mediar la presencia de miembros del Congreso en el ámbito de la decisión, ella no afecta la atribución del presidente para nominar y designar, con exclusividad, un reemplazante. Tampoco se produce un deslizamiento de la autoridad del presidente por la renuncia de un ministro o su cuestionamiento por el Congreso. No hay, en este sentido, en el ámbito del sistema de gobierno presidencial, un respaldo congresual para los ministros del ejecutivo. Tampoco existe un deterioro supino del ejercicio del poder presidencial como consecuencia de la caída en desgracia política de uno o varios de sus ministros. El gobierno del presidente seguirá adelante. El faro que ilumina su itinerario emerge de sus propias convicciones y experiencia.

La unidad del poder del presidente constituye el fundamento del sistema de gobierno. La unidad no significa que el presidente no tenga colaboradores. La unidad expresa que las facultades confluyen en la singularidad individuada en su persona. Las atribuciones constitucionales del presidente son indivisibles, condición indispensable para no destruir ni alterar su genuino poder.

El poder en el Estado constitucional se descubre en su energía suprema. Quizá, para hacer que prosperase dicho poder

y que fuese enérgico, se imaginó la unidad y concentración de las facultades ejecutivas. Por eso –intuyo–, al inventarse la institución presidencial en 1787, se creyó conveniente que la autoridad de un solo hombre facilitaría las decisiones gubernativas de naturaleza ejecutiva. En dicha inteligencia queda captada la idea de que la “unidad tiende a la energía”⁴⁵. Así, pues, por simple derivación, se distinguirá, en otros servidores públicos, un mero rol secundario, siempre detrás de las bambalinas, como consejeros, pero sin dominio de los hechos ni representación popular directa. La búsqueda de un “buen gobierno”⁴⁶, eficaz y seguro, sin dudas, animó la comprensión ensayada respecto de la unidad de la energía del poder presidencial.

La concepción de la unidad del poder presidencial no nació en un marco determinado por la lucha entre las clases sociales. En el génesis del poder del presidente se comprende la necesidad de proteger a una comunidad de alrededor de cuatro millones de personas: un estado incipientemente capitalista⁴⁷. Para su conducción política, se buscó un presidente con poderes suficientes para garantizar la seguridad respecto de ataques desde el exterior, junto con la tutela de la propiedad de quienes ya habían adquirido sus bienes o de quienes lo podrían lograr, con bastante certeza, en el futuro. Así eran los Estados Unidos en los momentos de su fundación constituyente.

Con razón, se ha afirmado que el sistema presidencialista inventado en Estados Unidos ha “funcionado bastante bien en casa, pero en el extranjero ha demostrado ser básicamente un desastre”⁴⁸. La idea sobre el presidencialismo, con su división correspondiente del poder, fue exportada hacia toda América Latina, por las razones insinuadas, contextualmente, en la sección I. Un poder ejecutivo unitario y fuerte. El sistema de

⁴⁵ V. HAMILTON, Alexander; MADISON, J. y JAY, J.: *El Federalista*, LXX, 18/3/1788, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 298.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 297.

⁴⁷ CHOMSKY, Noam: *ob. cit.*, p.17.

⁴⁸ ACKERMAN, Bruce: *ob. cit.*, p. 19.

gobierno presidencial, aunque distingue diversos medios de cooperación entre los departamentos gubernativos, pone en evidencia, por lo general, la insuficiencia de la colaboración entre los poderes constituidos.

El precio de la unidad del poder del presidente es muy alto. Puesto en funcionamiento el sistema de gobierno, por su naturaleza misma, emplazará al presidente en el centro de la escena política. El Congreso, que también se integra por las razones volcadas por los ciudadanos en las urnas en comicios libres, tendrá intensas dificultades para que su tarea sea percibida por la comunidad de ciudadanos. En la Argentina, en Brasil y en Colombia nunca llamará la atención que un ciudadano elegido para servir como diputado o senador sea convocado, horas más tarde, para fungir como “Ministro” colaborador del presidente. Si, verdaderamente, la tripartición del poder fuese evidente, no habría razones para que ello sucediere a menudo, tal como acontece. Además, la enorme “preponderancia”⁴⁹ del poder del presidente conlleva, casi por definición, la debilidad del Congreso o la frustración de su papel dedicado a la representación ciudadana.

Como consecuencia de la regla divisoria del poder del Estado, los Congresos deben ser plurales y reciben su poder de las elecciones generales ciudadanas. En cambio, la jurisdicción, en especial las más altas Cortes, son colegiadas y no reciben su poder del veredicto directo de las urnas electorales. La autoridad del presidente es única; queda individualizada en la singularidad exclusiva y excluyente de una persona, sin que exista posibilidad para concebir ningún tipo de dualidad. Para el presidencialismo no hay pluralidad ni colegiatura. Su fuente de poder, al igual que la de los congresistas, sí proviene de la decisión expresada en las urnas por los ciudadanos. En tal entendimiento, Congreso y presidente, en determinado sentido principal de sus acciones políticas, compiten por la gracia del electorado.

⁴⁹ LAMBERT, Jacques: América Latina. Estructura e instituciones políticas, Ariel, Barcelona, 1964, p. 500.

Los seres humanos, muchas veces, deciden guiarse por meras creencias, las cuales no constituyen otros estados de cosas que simples asentimientos sobre un pliego de proposiciones. Las creencias no acuden a un método para demostrar de manera concluyente o plausible la veracidad de la propuesta. Bien se enseña que “en la vida cotidiana, con frecuencia, la creencia es independiente de la verdad”⁵⁰. En el dominio de la política, muchas personas pueden ser movilizadas sobre la base de creencias. En el siglo XVIII se echó a rodar una creencia acerca de que la unidad del poder del presidente resultaba constitutiva de una capacidad de decisión activa, diligente y solvente, por encima de la posibilidad de atribuir el mismo poder a una definida pluralidad de magistrados con igual dignidad y autoridad. Tristemente, han pasado más de dos siglos y en casi ningún país de América del Sud se ha discutido la fatalidad que se reporta de la individualidad del poder ejecutivo, excepto en la Constitución uruguaya de 1952⁵¹.

La unidad genera un líder, cuya luminosidad, en caso de suceder, algún día se apagará; la pluralidad aconseja el debate y sus luces emergen de las bases racionales del diálogo mismo. La unidad de pensamiento de un individuo⁵² jamás puede enfrentar, con éxito, en una sociedad abierta, a los beneficiosos

⁵⁰ BUNGE, Mario: Diccionario de filosofía, siglo veintiuno editores, México, D.F, 2001, p. 41.

⁵¹ Al respecto, puede consultarse GROSS ESPIELL, Héctor: Las Constituciones del Uruguay, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1956; RAITO TRABUCCO, Fabio: “La experiencia constitucional del gobierno directorial o colegiado en Uruguay”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol nº 50/51, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración, 2005, pp. 35-75.

⁵² El ser humano alguna vez comenzó a pensar, aunque no siempre el pensamiento ha sido racional. Desde su origen de hombre pensante, el sujeto individual y soberano, no ha cesado ni cesará de hacerlo. Sin embargo, el debate crítico del pensamiento, acaso, comenzó en Grecia hace más de 2.500 años. La literatura, por su parte, contiene ejemplos abundantes de hombres que han pensado que su individualidad fuese trascendente, omnipotente y omnisciente. En 1882 Henrik Ibsen escribió en el cierre de un drama antológico: “Doctor Tomás Stockmann: Sí, sí. (reuniendo a todos en torno de sí) Lo diré ahora aquí solo. El hombre más poderoso del mundo es el que está más solo” (“Un enemigo del Pueblo”, Buenos Aires, Colihue, 2010, p. 236). No hace falta decir que el epigrama del literato noruego fue escrito

seguros de la pluralidad de ciudadanos. Quizá, la pluralidad misma constituya o revele el bien mayúsculo e irrenunciable de cualquier sistema de gobierno.

La CFA regula la cuestión con un modelo semejante, al establecer en su artículo 99, inciso 1°, que el presidente de la República tiene las siguientes atribuciones: “Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país”. La CRFB 1988 se mantiene en la misma sintonía; en el artículo 84 se decide lo siguiente:

Compete privativamente ao Presidente da República:...
II. exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; VI. dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; VII. manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos.

Por su parte, la CPC 1991 dispone en el artículo 189 que el presidente es “jefe de Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa”.

La línea unitaria de autoridad que se desprende de las normas citadas es contundente. La jefatura del Estado incluye en su seno tareas simbólicas, ceremoniales y representativas. La jefatura del gobierno incluye la codecisión compartida con el Congreso sobre las políticas públicas, la administración del Estado y el ejercicio cotidiano de la función coactiva del poder. La tendencia personalista del presidencialismo es innegable.

Ahora bien, no sólo se define la autoridad gubernativa y estatal, porque, en resumen, todo el proceso constitucional queda liderado por el presidente. ¡Presidente es sinónimo de autoridad! Un director absoluto de las lides fundamentales del Estado y su gobierno correspondiente, con poco o nulo espacio

para otro contexto, pero ello no le quita fuerza expresiva ni utilidad en mi propia dicción, cuando trato de hilvanar la unidad del poder individuada en un solo hombre.

para comprender las debilidades, manifiestas o latentes, que tiene todo ser humano.

Postulo que, al instituirse en una sola persona, ello autoriza a corregir la denominación del presidencialismo por “monopresidencialismo”. Un instituto constitucional ejercido por una sola persona, el “monopresidente”. Un vehículo constitucional de una sola rueda, si funciona la rueda presidencial, con arreglo a sus inmensos poderes, arrasa con toda energía suprema contra cualquier otra autoridad constituida, en especial, legisladores y jueces. Resulta parecido, en algún sentido, al monarca, un “rey”⁵³ que concentraba o deseaba concentrar todo el poder del Estado. En cambio, si no funciona la única rueda presidencial, el vehículo constitucional no avanza, queda a la vera del camino y, por lo general, con toda la ciudadanía expectante y desesperada por la institucionalidad precaria, sombría y que borda el desasosiego comunitario.

El presidente no ejerce solo el poder político institucionalizado; también cogobierna con el Congreso la judicatura y los restantes órganos constitucionales. Aunque las Leyes fundamentales distribuyen el poder en diferentes ramas gubernativas, es el presidente el sujeto que dirige el proceso constitucional. El sistema de gobierno presidencial es un modelo en el que existe la separación de funciones gubernativas, pero la hegemonía de la autoridad ejecutiva tiende a debilitar y muchas veces pulverizar el propio principio divisorio del poder. Además, la autoridad ejecutiva suprema del Estado, el presidente, es quien asume la responsabilidad directa ante la ciudadanía que lo eligió. La misma noche en que se conozca el resultado de la elección, sin dudar, prometerá, en su primer discurso como primer “oficial del pueblo”, que él es el presidente de todos los ciudadanos, y ponderará, incluso, las virtudes de la minoría que no lo escogió en su preferencia electoral.

⁵³ PROUDHON, Pierre-Joseph: “Que la Présidence, c’est la Monarchie”, en *Melanges. Articles de Journaux* (1848-1852), Premier Volume, Paris, Librairie Internationale, 1868 [1848], pp. 160-164.

Desgraciadamente, la CPC 1991 contiene una regla que merece ser acatada, pero que se encuentra en las antípodas teóricas aquí especuladas. Así, en el artículo 188, se ordena que “El Presidente de la República simboliza la unidad nacional”. La cualidad de “nacional” jurídicamente resulta inasible e indefinible. En lo sustantivo, la “unidad”, encerrada en una persona, la del presidente, no es defendible en términos políticos, porque la concepción unitaria del Estado dependerá siempre de la correspondiente unidad política de los ciudadanos que integran el pueblo. A decir verdad, con enunciados como el criticado, se desvanece cualquier posibilidad para eliminar la conjura que comporta la concentración de un poder hegemónico en la unidad presidencial. Un oficial del pueblo elegido de manera directa para cumplir la tarea ejecutiva no parece representar el “baluarte de una auténtica democracia”⁵⁴, dado que su “elemento autocrático relativamente fuerte”⁵⁵ quedará en evidencia por la propia unidad indiscriminada en la concentración de sus potestades.

Es sabido que en el sistema presidencial hay tres poderes institucionales separados: el ejecutivo, el legislativo y el judicial. El presidencial y el congresual son órganos cuya integración siempre es el resultado de elecciones de los ciudadanos que integran el pueblo. El presidente y el Congreso, en el ámbito de sus respectivas competencias, ejercen un poder político eminente. La lucha por dicho poder político muestra los avances, retrocesos y vacilaciones del régimen presidencial. Dado que el presidente no puede disolver jamás el Congreso –ni siquiera de juzgarlo conveniente políticamente–, la estabilidad o regularidad del modelo suele quedar circunscrita, en mayor o menor medida, a las reales condiciones de que el titular del ejecutivo disponga para trazar y cumplir sus políticas gubernativas. Un itinerario azaroso del presidente y la comunidad de los ciudadanos que dispuso elegirlo por cuatro años, siempre que el “príncipe” no

⁵⁴ En contra: WEBER, Max: Escritos políticos, t. II, México, D.F., Folios, 1982, p. 307.

⁵⁵ V. KELSEN, Hans: Teoría general del Derecho y del Estado, México, D.F., UNAM, 1958, p. 358.

incurra en conductas desastrosas e inconstitucionales y que éstas ofrezcan la posibilidad de enhebrar un juicio político.

Los presidentes de la Argentina, de Brasil y de Colombia, según se ha visto líneas más atrás, son elegidos por apelación a los sistemas electorales mayoritarios. Señalo, también, líneas más atrás, que no dispongo de preferencia por ningún sistema electoral y que además la experiencia mundial demuestra bondades y fatalidades en cada uno de ellos. No obstante, la mayoría de los países del mundo con estabilidad institucional utilizan uno de los dos sistemas. Jamás son mezclados el “sistema de representación de fuente o derivación proporcional” y el “sistema electoral de fuente o derivación mayoritaria”. Pienso, por ejemplo, en la institucionalidad estadounidense y en la arquitectura alemana; en el primer caso, el sistema mayoritario funciona a pleno, mientras que en el segundo sobresale el sistema de representación proporcional.

Los Congresos de la Argentina, Brasil y Colombia, en una ingeniería fatal, mezclan los sistemas electorales para alcanzar su composición. Nadie recuerda que para alcanzar tal decisión, en los momentos constituyentes respectivos, los decisores hayan discutido sobre la búsqueda del Santo Grial. Probablemente, “así, sucedió” son dos palabras que cualquier sudamericano descubrirá con resignación: la fuerza normativa de lo fáctico que, por regla, favorece a los más fuertes o a los más poderosos.

Los senadores en la Argentina duran seis años en sus mandatos, la Cámara se renueva por tercios cada bienio y sus integrantes son elegidos por sistema mayoritario. En Brasil los senadores disponen de ocho años de mandato, son elegidos por voto mayoritario, y la Cámara se renueva un tercio cada cuatro años y los dos tercios restantes al cabo de ocho años. En Colombia los senadores duran cuatro años en su encomienda, la Cámara se renueva integralmente también cada cuatro años y sus miembros son electos por voto mayoritario.

En la Argentina los diputados duran cuatro años en su mandato, son elegidos por el sistema de representación electoral,

y la Cámara se renueva, por mitad, cada dos años. En Brasil se escoge el mismo sistema electoral de representación proporcional para seleccionar diputados: los legisladores duran cuatro años en sus funciones. En Colombia los diputados también duran cuatro años en sus mandatos y son elegidos por el mismo sistema de representación proporcional.

Sinceramente, se hace difícil disfrutar de esta arquitectura constitucional e imaginar un “final feliz”. Así presentados los modelos para la integración de los Congresos argentino, brasileño y colombiano, respectivamente, son sistemas electorales que se muestran, al menos, como maquinarias perezosas, porque al momento de perseguir consensos congresuales todo será complejo. En especial, respecto de las Cámaras de representantes o diputados. El presidente de la República, que fue elegido por un sistema mayoritario, sobre quien se ha descargado la unidad y el liderazgo del proceso constitucional, deberá realizar una odisea para conseguir el respaldo de los representantes del pueblo, dado que la fragmentación constituye una clave de la integración del Congreso. Si, en cambio, tuviese respaldo congresual, por regla se producirá la devaluación de este órgano a raíz de la energía de la presidencia.

Además, las elecciones para escoger presidente de la República son cada cuatro años y los Congresos se renuevan parcialmente, como sucede en la Argentina, por bienios en su Cámara de Diputados o cada dos años un tercio de su Cámara de Senadores, o, parcialmente, como sucede cada cuatro años en el Senado de Brasil, con un tercio de sus miembros. Todas estas diferencias inciden con descomunal agudeza en las circunstancias en las que el presidente deba perseguir la conformación de una mayoría congresual para sancionar una ley o para hacer una designación que requiera acuerdo congresual. La ausencia de acuerdo en el Congreso puede acarrear el inmovilismo del presidente, quien muchas veces se siente tentado para acudir a todo tipo de mecanismos para impedir o para restaurar el daño sobre su gobernanza.

Las tareas del presidente, ya sea para estimular políticas públicas, o para rechazar políticas, son cumplidas merced a un

cúmulo de atribuciones reguladas en las Leyes fundamentales. Los campos básicos sobre los que se desarrolla la tarea de un presidente se cumplen sobre la legislación y sobre la nominación y designación de servidores públicos que cumplirán sus funciones en distintos estamentos de la estructura burocrática del Estado.

En todo Estado constitucional existe un contexto de producción y otro contexto de realización del Derecho⁵⁶. Usualmente, se atribuye a los presidentes la facultad para reglar las leyes congresuales. Puestas las leyes en el mundo por los congresistas, se le atribuirá al presidente la capacidad para ejecutarlas y para realizarlas. Los presidentes son los encargados de implementar una ley. Una gran cantidad de instrumentos legales, luego de su formación y de su promulgación, requieren de una tarea minuciosa para su reglamentación y, así, empalmar, rectamente, el itinerario de su realización con seguro acatamiento. Esta atribución se le encarga al presidente, quien en la práctica constitucional demuestra una importancia decisiva, porque –repito– gran cantidad de leyes lo exigen, dado que no son de aplicación inmediata y requieren reglamentación ejecutiva.

También el presidente goza de la capacidad innata para enviar proyectos de ley al Congreso. Muy bien se ha advertido que en estos casos la autoridad del Congreso, aunque no tiene restricciones por vía del principio constitucional, en la práctica es un “poder de guardabarrera”⁵⁷. Además, la iniciativa legislativa del presidente puede responder a una promesa asumida

⁵⁶ La Constitución es producida y concretada por el poder constituyente; el resto de las reglas jurídicas de alcance general son creadas por el Congreso federal o el departamento ejecutivo; excepcionalmente, por el poder judicial. Producida la norma, deberá sobrevenir su acatamiento, es decir, su realización tanto por los ciudadanos como por los servidores a cargo de los poderes del Estado. La realización del Derecho producido a partir de la Constitución, en especial, las leyes de Congreso, frecuentemente, requieren de la actividad realizadora del presidente para su implementación. La realización del Derecho constitucional será siempre, pues, concreción o ejecución de Derecho creado.

⁵⁷ SHUGART, Matthew S. y MAINWARING, Scott: “Presidencialismo y democracia en América latina: revisión de los términos del debate”, en AA.VV.: Presidencialismo y democracia en América latina, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 57.

en la campaña electoral, motivo por el cual el impulso será decisivo y determinante. Un porcentaje altísimo calculado sobre el total de leyes sancionadas por el Congreso residen en la autoría, intelectual e institucional, del órgano presidencial. En este sentido, el presidente es un colegislador.

La posición de colegislador del presidente, quizá, podría desmentirse con el hecho de que en el sistema parlamentario, efectivamente, su desarrollo y supervivencia se encuentra mucho más sujeta a la naturaleza satisfactoria o insatisfactoria de la legislación. A poco que se escrute, se descubrirá que no resulta de este modo. Esto es así no sólo por el veto del que dispone el presidente; la independencia del Congreso, en el sistema de gobierno presidencial, aunque se encuentre asegurada por la Constitución, en la práctica queda alineada con el mérito de que disponga el presidente. ¿O son conocidas muchas democracias presidencialistas en las que el Congreso legisla de manera independiente a los deseos, manifiestos o latentes, del presidente?

Todo proyecto de ley sancionado o elaborado por el Congreso, para gozar de existencia jurídica, deberá contar con la anuencia o el rechazo del presidente; el orden constitucional puede contemplar un plazo para esta decisión del poder ejecutivo, pero ello no varía la naturaleza del príncipe ejecutivo en su rol como colegislador.

Al mismo tiempo, el presidente asume prerrogativas relacionadas con el cambio constitucional. De esta forma, envía al Congreso proyectos de reforma de la Constitución, como sucede en Brasil y Colombia, órdenes jurídicos en los que la variación puede ser realizada por el Congreso. En la Argentina, que es muy infértil para el cambio constitucional, el presidente puede impulsar la tarea de naturaleza preconstituyente a cargo del Congreso.

Además, para cumplir su tarea elemental, los presidentes dictan reglamentos, que son piezas jurídicas decididamente legislativas, aunque ceñidas al ámbito de la administración pública.

Eso no es todo: las Constituciones también atribuyen a los presidentes la posibilidad de dictar decretos, en casos de urgencia y necesidad (DNU), instrumentos que ensalzan y cubren una actividad de naturaleza legislativa reservada, por la Constitución, al Congreso. La concesión de esta atribución tiene entidad para desmadrar por completo cualquier teoría sobre la separación de funciones gubernativas. Lamentablemente, se encuentran encajados en la CFA, en cuyo texto se les ha reconocido estatus; el mal se ha profundizado con la reglamentación legal⁵⁸ del instituto: estos instrumentos tenebrosos del debate público sólo dejan de existir con el rechazo conjunto de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores⁵⁹, cuando el sentido común indica que debería bastar con el rechazo de solamente una de las Cámaras congresuales para eliminar la patología de los DNU o especie semejante del orden jurídico del Estado. Estos instrumentos también existen en Colombia⁶⁰ y en el Derecho constitucional brasileño, pero bajo el apodo de “medidas provisorias”⁶¹.

Otra cuestión que profundiza los poderes del presidente es el poder de veto, porque se trata de una exposición de un poder legislativo de firme naturaleza negativa e impeditiva. Constituye el rechazo parcial o total de una ley sancionada por el Congreso. No importan los presagios ni las admoniciones. Si el presidente no quiere una ley, la veta. Luego podrá el Congreso, con mayorías agravadas, insistir con el proyecto legislativo, pero el “monopresidente” ya ha emitido su palabra pública, al decidir su rechazo en el temperamento adjudicado al veto. El veto presidencial sobre un proyecto de ley se encuentra regulado en los artículos 78, 80 y 83 de la CFA; en el artículo 84, apartados V, de la CRFB 1988; y en el artículo 200, inciso 1°, de la CPC 1991.

⁵⁸ Ley 26.122 (2006).

⁵⁹ Los “decretos por razones de necesidad y urgencia” son reglamentados en el art. 99, inciso 3°, de la CFA.

⁶⁰ La especie de los “decretos con fuerza de ley” florece, por ejemplo, en el art. 215 de la CPC 1991.

⁶¹ Su reglamentación se contiene en el art. 62 de la CRFB 1988.

También en materia de nominaciones, debe pensarse que en países como la Argentina, Brasil y Colombia son necesarios varios miles de funcionarios para cubrir todas las áreas a cargo de sus poderes ejecutivos. Para designarlos se ejercitan los poderes del presidente, al igual que en el caso de la designación de sus colaboradores, de un modo absolutamente discrecional, más allá de la reglamentación sobre las carreras administrativas, sin otro costo que la censura política por la ineficacia o inopia del servidor. ¿O alguien imagina que el presidente no dispondría sobre quién ha de ser la persona a cargo de la recaudación y fiscalización de los ingresos tributarios o aduaneros, o a cargo de la agencia responsable de los servicios de inteligencia del Estado?

Otras designaciones, si bien deben ser realizadas también el presidente, precisan del acuerdo congresual. Por lo general, los jueces requieren para su nombramiento de la aquiescencia o confianza del Congreso, en ocasiones luego de un examen en el Consejo de la Magistratura. Lo mismo ocurre para las jerarquías de las Fuerzas Armadas; no basta que el presidente sea, por regla, su comandante en jefe. Asimismo, son nombrados por el presidente los miembros del servicio a cargo de las relaciones exteriores y diplomáticas del Estado, pero se precisa de una conformidad del Congreso en el pliego respectivo. El mismo proceso ha de seguirse para la designación de los funcionarios encargados de determinados órganos de control y fiscalización.

Continuando con las facultades supremas de este “monopresidente”, puede convocar la realización de sesiones extraordinarias de los Congresos. Se trata de una facultad desmesurada, porque interviene, directamente, en el campo delicado de la autonomía del Congreso y afecta su agenda política.

El Congreso también puede delegarle atribuciones propias al presidente. Sucede en la Argentina (art. 76, CFA). También hay delegación legislativa en Colombia (art. 150, inc. 10°, CPC 1991), e igual suceso se verifica en la CRFB 1988 (art. 68).

Dada la naturaleza federal de los Estados, en la Argentina y en Brasil el presidente de la República puede disponer la intervención a un ente de la federación. Lo autoriza el artículo 99, inciso 20, de la CFA, en caso de receso del Congreso, y el artículo 88, apartado X, de la CRFB 1988.

En paralelo a los poderes constitucionales reglados, el presidente también posee poderes de influencia política notables, no sólo sobre los congresistas partidarios⁶² de su propia fuerza o movimiento, sino también con respecto a los congresistas que se encuentran en la oposición política. En virtud de que no se trata de poderes reglados, no resulta posible aquí su tratamiento, ante la ausencia de evidencia normativa. Sin embargo, en más de dos siglos de práctica del presidencialismo, la escasa influencia del presidente sobre el Congreso marca, por lo general, un estancamiento o parálisis de la actividad política. Contrariamente, el ejercicio de atribuciones presidenciales eminentes tenderá al abuso y también indicará una crisis en la separación de los poderes constitucionales.

Tampoco puede merecer tratamiento la influencia que los presidentes ejercen sobre los servicios de comunicación audiovisual, porque no comprende una situación reglada, en detalle, en la Ley fundamental. Al inventarse la presidencia en el siglo XVIII, sólo existía la prensa escrita. Hoy el discurso de los presidentes puede ser divulgado y transmitido, al instante y a cualquier lugar del mundo, por fuentes orales, escritas o audiovisuales, en diversos tipos de soportes.

El abuso del presidente en el manejo de los servicios de “comunicación”⁶³ no sólo insinúa una debilidad de la democracia, porque devalúa el derecho a la comunicación: un bien colectivo y fundamental de la comunidad. Hará que colapse, más temprano que tarde, cualquier posibilidad de deliberación

⁶² SHUGART, Matthew S. y MAINWARING, Scott: ob. cit., p. 49.

⁶³ La CRFB 1988, en su art. 220, inc. 5°, dispone que los medios de comunicación social no pueden ser objeto de monopolio u oligopolio.

genuina en el auditorio ciudadano. De la misma manera que un presidente podría abusar del derecho a la comunicación, una hegemonía en la propiedad de los medios (radio, tv, prensa escrita) podría volcarse, con semejante naturaleza, contra las políticas presidencialistas. Los sistemas de gobierno, incluido el presidencialismo, observan una notable reducción del “peso y la esencialidad de los partidos políticos”⁶⁴, circunstancia que obliga a estos últimos a transformarse y adecuarse a los influjos de la “video-política”.

Por último, aunque resulte complejo agotar la lista, el presidente debe cumplir con su tarea individual e indeclinable de representación del ente comunitario ante la constelación de Estados que existen en el mundo. También ejerce la representación del Estado en el seno de las organizaciones supraestatales como la ONU, la OEA, la UNESCO, etcétera. En dicho ámbito estelar, el presidente debe enhebrar y cultivar las relaciones exteriores de su Estado, porque resulta ser el encargado constitucionalmente elegido para cumplir con la misión.

El presidencialismo, de acuerdo a lo antevisto, puede ser comprendido como un sistema de gobierno adoptado por las democracias constitucionales en el que la representación ejecutiva se imputa e instituye en un órgano capital y monista. Su titular, el “monopresidente”, es de esperar que sea elegido en comicios libres, auténticos, competitivos, transparentes e informados, en los que se persigue una suerte de legitimación originaria en las urnas, por lo general, una irresistible mayoría absoluta y con arreglo en el sufragio universal de los ciudadanos. Asimismo, la determinación fija del período de la gobernanza del presidente es una clave, ya que empleará buena parte de su tiempo en buscar su reelección para un nuevo período.

El presidente liderará, aun sin que él lo desee o contra sus propias convicciones, el proceso constitucional y ejercerá, en simultáneo, la jefatura del Estado, la del gobierno, la de las

⁶⁴ SARTORI, Giovanni: *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Buenos Aires, Taurus, 2000, p. 110.

Fuerzas Armadas y la de la administración del país. Los ministros son más colaboradores de su propia “gestión” gubernativa que funcionarios apropiados del Gobierno, desde que, por regla, requieren la confianza, exclusiva de la autoridad suprema ejecutiva tanto para su nominación como para su remoción. La concentración de funciones en la persona del individuo elegido presidente constituye una nota elemental del sistema.

Así, el presidente, en su rol de director absoluto y regio del proceso constitucional, reglamentará las leyes, dictará decretos con fuerza de ley, administrará el Estado, podrá tener una impronta en la jurisdicción administrativa, nominará magistrados y embajadores y, por cierto, tendrá una fuerte iniciativa para proyectos de ley, además de poseer una tarea de colegislador, dado que promulga las leyes, se yergue en árbitro del proceso legal, porque tiene capacidad de veto, y hasta posee una suerte de codecisión política sobre una reforma constitucional. Restan añadir los poderes de crisis que tienen los presidentes para remediar las emergencias infinitas de nuestros países, que nacieron con la mácula de las deudas externas de su erario público por su naturaleza colonial. En tales casos, el centro del debate siempre girará respecto del hecho de los poderes del presidente y si ellos hacen pie en la Constitución o se apoyan fuera de ella.

Por cierto, me he olvidado de la notable influencia que tendrá su autoridad, mientras dure la energía de su poder supremo. Finalmente, el Congreso no puede desbancar al presidente, no hay voto de confianza parlamentario y el juicio político para la destitución del “príncipe” constituye una cuestión más cercana a la heurística constituyente que a la realidad efectiva que se suscita, porque requiere de mayorías congresuales extraordinarias para su impulso y concreción.

Recientemente, Diego Valadés ha presentado una tipología original y sesuda del presidencialismo en América Latina. Este jurista mexicano distingue tres modelos: el “tradicional”, el “transicional” y el “democrático”. Así, denomina presidencial

“tradicional” al modelo que mantiene la concentración del poder en la persona del presidente. A su juicio, la preservación de este modelo tradicional implicará costos sociales de inequidad e inseguridad, costos políticos de ineptitud y corrupción, y costos económicos de improductividad y rezago⁶⁵.

Llama modelo presidencial “transicional” al que se corresponde con una etapa que se sitúa entre la posición tradicional, reacia a los cambios institucionales y el modelo democrático hacia el cual podría evolucionar. El modelo transicional tiene como propiedades distinguidas la adopción normativa de instrumentos de control jurisdiccional y político, con responsabilidades para los titulares de los cargos públicos, y se caracteriza porque los controles sociales, en especial los de índole electoral, ya se encuentran consolidados⁶⁶.

Valadés juzga que se alcanzará un modelo presidencial “democrático” cuando se pase de los enunciados formales a la realización efectiva de las normas en materia de controles jurisdiccionales y políticos. Por ende, se estará ante un sistema que ha superado la concentración de facultades en una sola persona, en el que las decisiones gubernamentales son objeto de deliberación en un gabinete con facultades constitucionales y los ministros que lo integran están sujetos a responsabilidades políticas. En el modelo democrático, la “norma y la normalidad coinciden”⁶⁷. La regulación normativa hecha realidad, un poder ejecutivo discernido y controlado, es congruente con la realidad normada por la regla.

El distinguido jurista mexicano ha interpretado que la mayor parte de los Estados de América Latina se encuentran en la fase transicional, y solamente Chile, Costa Rica y Uruguay mostrarían “instituciones plenamente operativas que permitan

⁶⁵ VALADÉS, Diego: “Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina...”, ob. cit., p. 842.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 843.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 844.

hablar de un sistema presidencial democrático”⁶⁸. Hay una clave que recorre toda la tipología: califica como “democráticos” sólo tres regímenes constitucionales sobre más de 20. La realización del aludido “presidencialismo democrático” no se encuentra ni en la Argentina ni en Brasil ni en Colombia.

De acuerdo con la tesis por la que se decide este escrito, según se da cuenta más atrás en la sección II, restaría, ahora, redondear algunas ideas en torno al conjunto de atribuciones del presidente y los riesgos o las ventajas que para la estabilidad o inestabilidad jurídica encierra la decisión por este modelo constituyente. En este sitio predominan las cuestiones teóricas. En todos los casos sus premisas son referidas desde la comprensión y experiencia de las realidades ofrecidas por la Argentina, Brasil y Colombia, de manera respectiva, pero para beneficio del lector aquí no haré concretas referencias normativas de sus Constituciones.

Más allá de sus propiedades congénitas, cada uno de los textos de la Argentina, de Brasil y de Colombia, con sus determinaciones específicas, permiten una orientación de sus institucionalidades republicanas. Se acude a la teoría de división del poder y se lo distingue en departamentos específicos, exclusivos y, por lo general, con funciones no compartidas. Desde la comprensión pura de la teoría tripartita del poder, aunque nunca arrojará potestades semejantes para cada departamento, se lo concibe con suficientes controles y frenos, que propondrían un determinado equilibrio y la ausencia de preponderancia de un poder constituido sobre el otro poder constituido, o sobre los otros poderes constituidos. La forma republicana se apropia de la división del poder, y por eso supone un gobierno de facultades detalladas, separadas, catalogadas y descritas, que disponen un ejercicio público y racional del poder, fruto de la decisión ciudadana. En dicha tripartición del poder en la casa republicana, el presidente tiene una porción del poder;

⁶⁸ VALADÉS, Diego: El gobierno de gabinete, ob. cit., p. 30.

una descripción de una prescripción jurídica casi autoevidente. El ciudadano, a la sazón presidente, dispone de una alícuota destacadísima del poder republicano constituido.

Se atribuye el cargo de presidente junto con la institución de sus poderes ejecutivos inherentes, aunque también disfrutará de poderes de naturaleza legislativa y hasta jurisdiccional. El poder gubernamental del presidente, a diferencia del poder legislativo y de las altas cortes de justicia, resulta ejercido de modo individual por una sola persona. La individualidad de la institución presidencial, que sólo puede fungirse en la persona del ciudadano elegido, no es una mera concepción de laboratorio, porque posee profundas implicancias jurídicas. Independientemente del hecho de que los actos del presidente deberían ser avalados o auxiliados por sus ministros, deseo resaltar la individualidad del cargo como un elemento central que hace a la concepción estructural y a la dimensión funcional del servidor público. El poder ejecutivo individualizado en el presidente es el único poder de esta naturaleza recogido por las Constituciones, lo que da lugar a la unidad del poder presidencial. Esa naturaleza unitaria es la que inhibe e impide cualquier intento de racionalización.

La asfixiante individualidad de las atribuciones del “príncipe republicano” denota la inmediata necesidad que reclama la “democratización del poder presidencial”⁶⁹. Ello podría suceder, quizá, con un gobierno de gabinete de ministros que tuviese personalidad, iniciativa, anclaje congresual y responsabilidades propias⁷⁰. También, con la colegiatura de la institución ejecutivo-presidencial, y conferirle una naturaleza plural, al estilo de la Constitución de Uruguay de 1952⁷¹. Cualquier cambio requerirá

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 123.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 124.

⁷¹ V. GROSS ESPIELL, Héctor: *ob. cit.*, pp. 109-121 y 371-462.

Constitución de Uruguay, 1952.

“Art. 149. El Poder Ejecutivo será ejercido por el Consejo Nacional de Gobierno”.

de una enmienda o reforma constitucional en los países elegidos, aunque comparto la idea que señala con pesadumbre que la “crítica frontal al presidencialismo está perdiendo espacio en América Latina”⁷². Una destacada complacencia con el sistema de gobierno presidencialista se sitúa, quizá, en la propia raíz de confrontación, litigio y ausencia de neutralidad, que se amontonan en las cualidades del modelo estudiado.

En el cuerpo del sistema de gobierno presidencial, que se integra por la unidad y la concentración de funciones, se encuentran sus propias posibilidades para garantizar la estabilidad o inestabilidad del orden jurídico creado. Repárese, por cierto, que la anatomía del sistema presidencialista y su fisiología tienen entidad para marcar la propia regularidad del orden jurídico estatal en que hunde la disposición de su cuerpo.

Emplearé, con ajustes y adaptaciones, la siguiente noción de “estabilidad”⁷³. Así, entiendo que un determinado sistema de gobierno es estable cuando los estados de cosas vinculados con el “ejercicio institucional del poder”, conglobado con sus controles respectivos, posee la tendencia a realizar la regla constitucional, al exhibir un cumplimiento bastante eficaz. La tendencia aludida se mantiene, como explicación eficiente, durante la vigencia de la Ley fundamental, incluida su variación, gracias al proceso de cambio inscrito en ella misma.

Se puede apreciar que la noción se relaciona con un orden constitucional determinado, el que puede enfilarse por el

“Art. 150. El Consejo Nacional de Gobierno está integrado por nueve miembros elegidos directamente por el pueblo, conjuntamente con doble número de suplentes, por el término de cuatro años, con las garantías y conforme a las normas que para el sufragio se establece en la Sección III, considerándose la República como una sola circunscripción electoral. Para la elección de Consejeros Nacionales, se acumularán los votos por lema, quedando prohibida la acumulación por sublemas”.

Sobre este asunto también se puede leer el ensayo de RATO TRABUCCO, Fabio: ob. cit., pp. 35-75.

⁷² ALEGRE, Marcelo: “Por una democracia sin presidentes”, ob. cit., p. 43.

⁷³ GARZÓN VALDÉS, Ernesto: Derecho, ética y política, Madrid, CEPC, 1993, p. 606.

presidencialismo o el parlamentarismo. También la aplicación de la noción de “estabilidad” queda juramentada con un contexto histórico fijado por el ciclo constituyente e imperativo de una Ley fundamental. La relatividad de la noción, además, implica que su aplicación a un texto determinado dentro de un contexto fijado no permite conjeturar una mejora o un empeoramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos. Constituye un hecho comprobable que en el mundo entero las democracias parlamentarias muestran mayores ejemplaridades que el presidencialismo para ordenar el ámbito de las libertades, de la orientación de la igualdad y hasta cierta solidaridad en la comunidad. Sin embargo, ello no debería determinar por completo la idea sobre la estabilidad constitucional de un orden jurídico.

No hay estabilidad sin gobernabilidad. La estabilidad de cualquier modelo presidencial o parlamentario demuestra las posibilidades sinceras que ha de poseer la gobernanza. La gobernabilidad de una democracia constitucional merece ser encauzada dentro del marco propiamente previsto por el orden constitucional (presidencial o parlamentario) y en un contexto de legitimación razonable.

El gobierno constitucional se integra por el conjunto de órganos que ejercen el poder del Estado. Así, la tarea de gobernar será la tarea de construir hegemonía. Se intentará concretar la angustiante confluencia entre los intereses individuales y los colectivos hacia un interés general predefinido de manera abierta en el programa instituido por la Ley fundamental. En caso de seguirse la fórmula clásica que indica que “hegemonía” es igual a “la suma de coerción más consenso”, el problema radicará en saber cuál de ambos términos tendrá primacía en la construcción. Si predomina determinado consenso, será una forma bastante democrática. Si, por el contrario, prima la pura coerción, el desliz será hacia un gobierno autoritario.

La democracia constitucional reposa en el pluralismo. Esto hace que en determinado sentido todos deben sostener la idea del auditorio plural; caso contrario, se debilita o pulveriza. El

pluralismo político debe cobijar todas las opciones en su interior y a la luz del día, incluso las posturas neutrales. La búsqueda de un ganador, que ejerza como presidente, no favorece ni a quienes no lo apoyaron ni a los neutrales. Quien gane la elección tendrá la tentación de conducir al país como lo aconsejan las convicciones de su mismidad. La gobernabilidad queda en duro trance.

Para gobernar, el presidente requiere de mayorías extendidas. Si las posee, construirá hegemonía suficiente; si no, tendrá una debilidad que puede ser extrema. En la Argentina, no basta una elección para triunfar políticamente. En los dos primeros años de mandato del presidente electo, la Cámara de Diputados mantendrá un 50% de su composición anterior. El Senado, durante los primeros dos años del mandato del presidente elegido, mantendrá los dos tercios de su integración anterior. En la Argentina, no basta un acto comicial para cargos electivo-populares para consolidar un triunfo político. En Brasil, también coinciden las elecciones, excepto la del Senado. En el modelo colombiano, en cambio, las elecciones para congresistas y presidentes son coincidentes.

He evitado, a propósito, analizar la mixtura de sistemas mayoritarios para elegir presidente y sistemas de representación proporcional para elegir un fragmento del Congreso. La combinación de los sistemas no fortalece la unidad del poder del presidente. Bastaría pensar, por de pronto, que en el único país del mundo en el que el presidencialismo funciona con determinada eficiencia (EE.UU.) –y que por ello lo configura en un sistema “singular y único”⁷⁴–, no hay combinación de los modelos electorales: todo es resultado de la aplicación de un sistema electoral de sesgo mayoritario para la composición del ejecutivo y la composición del Congreso.

Se podría imaginar, por ejemplo, que la existencia de varias posturas en la democracia constitucional favorecería un debate

⁷⁴ DALH, Robert: ¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 73.

y la búsqueda de escenarios de consenso. El problema que se genera con el poder presidencial reside –por lo menos como se lo ejercita– en que, si dialoga, se produciría su fracaso. En consecuencia, el presidente, lejos de producir el consenso, intenta ejercer sus poderes y las presiones consabidas para que ellos no se desvanezcan.

Aunque a mediados del siglo XVIII se haya advertido, con inteligencia, que la “fuerza siempre estará del lado de los gobernados”⁷⁵, su concreción representa una verdadera quimera. El presidencialismo es la máxima institucionalización del poder unido en una sola persona. Por ello, alcanzar la presidencia de la República puede hacer pensar que el depósito del “ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo en un individuo”⁷⁶ lleve a imaginar a ese singular “ciudadano” que él podría ser más poderoso que los ciudadanos; quienes, mientras tanto, no se unirían en deliberación sincera para ejercer el poder que les corresponde por natural derecho propio y soberano.

En la Argentina, en Brasil y en Colombia se asiste a un proceso de acumulación extraordinaria de riqueza y de exclusión social. En los tres países los índices de exclusión social incluyen dos dígitos de ciudadanos marginados; en cambio, los pocos ricos cada día son más prósperos.

Considero que el presidencialismo constituye un formidable aparato de dominación. Hay una gigantesca vinculación entre la concentración de la riqueza y la concentración del poder⁷⁷. Quienes se sienten poderosos, por el manejo y control de la producción, los negocios y las finanzas en gran escala y jerarquía, pueden sentirse tentados en dominar el escenario político. Las ilusiones de un electorado informado que adopte decisiones racionales se pueden desbancar por sabotaje de las campañas políticas. Será suficiente una ingeniería que, al depender de

⁷⁵ HUME, David: Ensayos morales, políticos y literarios, Madrid, Trotta, 2011, p. 66.

⁷⁶ Cfr. art. 80 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷⁷ CHOMSKY, Noam: ob. cit., p. 91.

altos costos, sólo es susceptible de ser movilizada por individuos poderosos que desean manipular las elecciones ciudadanas.

La manipulación de una elección, en caso de acontecer, nunca puede ser igual en un sistema de gobierno parlamentario que en un sistema de gobierno presidencial. En el primer modelo, la elección no asegura la conducción del sistema, porque resulta compartido por naturaleza. En el segundo, ello sucede por naturaleza original espontánea, dado que el poder queda individualizado. Una campaña electoral para presidente, aunque implique una financiación costosa, en caso de triunfar, atesorará la conducción del proceso político.

El presidente disfruta de un poder hegemónico. La inestabilidad de sus políticas apareja siempre la inestabilidad del modelo. Hay una física del poder presidencial: si se concretan las decisiones hegemónicas, siempre con suficiente autocracia, el modelo navega, incluso en aguas profundas. Si, en cambio, su poder es inestable, dicha cualidad se transmite sin solución de continuidad al modelo. El naufragio del sistema de gobierno no es mera cuestión especulativa.

El poder ejecutivo, a cargo de un presidente, considera y planifica la cuenta del cálculo de recursos y los gastos del Estado. El presupuesto del Estado, por lo general, resulta aprobado por el Congreso, año tras año. El presidente siempre tendrá la caja del Estado en sus dos manos. Obviamente, el presidente no puede decidir cuánto han de requerir para sus gastos el poder legislativo y el poder judicial, respectivamente. Pero ninguno de estos dos órganos tendrá ni la bolsa para recaudar, ni el poder coactivo directo para afrontar sus gastos. Los poderes legislativos y judiciales, en las esferas de sus competencias departamentales, obran con autonomía para la planificación presupuestaria; aunque, por cierto, bastaría que el presidente decidiese una restricción o una limitación de sus gastos para que su capacidad operativa atravesara serios aprietos institucionales. En el presidencialismo el desarrollo del presupuesto y la ejecución del gasto tienen una dinámica capital.

El presidencialismo estimula un modelo propicio para la corrupción. La criatura presidencial es vulnerable porque el poder se encuentra concentrado y carece de inserción congresual. El libre albedrío del “príncipe” republicano, el aparato burocrático del Estado, la obsecuencia de determinado plantel de funcionarios, la adversidad notoria y la falta de colaboración con la oposición configuran un menú que, sumado a la concentración de funciones, ocasionará, probablemente, un desvío o una ineficiencia de las funciones, así como también una ausencia de transparencia ética.

Para funcionar, el presidencialismo requiere de una hegemonía, con suficiente carga autocrática, que neutralice o postergue a su adversario político. El verbo típico del presidencialismo es “confrontar”, no “pactar” ni “dialogar”. Por eso, el liderazgo personal del “príncipe”, su confrontación permanente y la ausencia de rendición de cuentas institucionalizada, en tiempo pertinente y espacio racional y controlado, demostraría determinado nivel de estabilidad.

Las supuestas ventajas del presidencialismo caerán muy pronto. No durará en el tiempo. ¿O acaso el lector recuerda un régimen presidencialista estable, eficiente y transparente, que haya mejorado las condiciones de existencia de los ciudadanos desde 1991 hasta 2018, en la Argentina, en Brasil o en Colombia?

IV. Comentarios finales

Primero. La regla sobre la “distinción” de los poderes alumbró la esperanza de que el objeto del contrato constitucional se asiente en la primacía de la persona y que ésta sea elevada a primer acuerdo sobre la individuación y organización comunitaria. Si a partir de la Constitución, que concretiza la distinción y distribución de las funciones de los poderes “constituyentes y “constituidos” del Estado, son realizables múltiples itinerarios políticos, y si “poder distinguido y distribuido” significa “poder limitado”, el dogma quedaría como único modo para confiar racionalmente sobre la ordenación de las existencias humanas.

Segundo. La teoría sobre la división del poder fue pensada en Europa y concretada con la fundación constitucional de los Estados Unidos en 1787. No hay una sola persona que la haya ideado. Tampoco en la configuración del periplo constituyente, en los Estados Unidos del siglo xviii, ha existido la voz de una sola persona que la haya dispuesto. Las voces propias que participaron de su gestación han sido múltiples.

En cualquier comunidad, los ciudadanos que las integran poseen cinco clases de intereses: ambientales, políticos, económicos, culturales y biológicos⁷⁸. En cada tiempo y espacio en los que los diferentes ciudadanos han desarrollado sus existencias, la preponderancia de uno o varios de los intereses observaron diferentes grados de preponderancia. No juzgo atinado dejar en el olvido el hecho de que los intereses que existieron en el nacimiento y desarrollo de los Estados Unidos fueron completamente distintos a los que se presentaron –y se presentan– en la Argentina, Brasil y Colombia, desde las cartas de sus declaraciones de independencia hasta nuestros días.

La invención de un presidente⁷⁹ quizá haya funcionado en los Estados Unidos, donde la lucha entre sus clases sociales no fue de ninguna manera el criterio ordenador para orientar la comunidad. En el proceso constituyente de aquel país se desplazó a la potencia colonial, pero su comunidad no sufrió ninguna alteración, porque mantuvo intacta su “pirámide colonial”⁸⁰. La Constitución de 1787 se corresponde con una comunidad de clases hegemónicas bien establecidas con significativas exclusiones que no parecían deducirse de la Declaración de 1776⁸¹: esclavos,

⁷⁸ BUNGE, Mario: Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral, Barcelona, Gedisa, 2009, p. 138.

⁷⁹ MOORE, Kathryn: The American President. A Complete History. Detailed Biographies. Historical Timelines. From George Washington to Barack Obama, New York, Fall River Press, 2007.

⁸⁰ ZAFFARONI, E. Raúl: Estructuras judiciales, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 36.

⁸¹ En Congreso, 4/7/1776. La Declaración unánime de los trece Estados Unidos de América: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que

afroamericanos, mujeres, pobres, indigentes e indios. Los postulados ideados en el origen del Estado no hicieron peligrar esta estratificación, cuya construcción era bastante sólida. Los padres fundadores de los Estados Unidos organizaron un nuevo Estado, aunque fueron “gente muy temerosa de una distribución igualitaria de la propiedad”⁸².

En el caso de la Argentina, de Brasil y de Colombia, la unción de un presidente no reporta simétricas cualidades en su inventario histórico. Al independizarse, estos tres países debieron asumir el crecimiento y el desarrollo tenaz de las existencias de sus ciudadanos, hoy todavía inconclusos y sin testimonios racionales sobre su gestación. No existe una distribución justa ni racional de los bienes yacentes o de los bienes que están a punto de crearse o que pudiesen serlo algún día.

Sería fácil echar la culpa al presidencialismo; pero el sistema, por su propia arquitectura jurídico-constituyente, no ha servido ni podría servir para construir bases racionales para el diálogo y la construcción del horizonte político de la comunidad. Desde tal comprensión, quizá, dentro de 100 años causará extrañeza leer que los ciudadanos, en 2018, disponían conferir a un solo hombre la posibilidad de ejercer una energía hegemónica, que

son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad [...] Por lo tanto, los representantes de los Estados Unidos de América [...] solemnemente hacemos público y declaramos: que estas colonias Unidas son, y deben serlo por derecho, Estados libres e independientes; que quedan libres de toda lealtad a la Corona británica, y que toda vinculación política entre ellas y el Estado de la Gran Bretaña queda y debe quedar disuelta; y que, como Estados libres o independientes, tienen pleno poder para hacer la guerra, concertar la paz, concertar alianzas, establecer el comercio y efectuar los actos y providencias a que tienen derecho los Estados independientes...” (énfasis agregado).

⁸² ZINN, Howard: Nadie es neutral en un tren en marcha. Historia personal de nuestro tiempo, Guipúzcoa, Hiru, 2001, p. 10.

se basa en la más pura confrontación: el poder presidencial. También intuyo que generará asombro el descubrir que se instituía en un solo hombre el mando personal y ejecutivo, situación que nunca se encuentra libre del interés, del rencor y, sobre todo, del error individual. En la economía y en las finanzas hay empresas que tienen un propietario principal y él es quien ejerce su dominio. En la República el dominio pertenece a todos los ciudadanos, únicos e insustituibles, quienes deben disponer un “orden entre los asociados”⁸³ del condominio. De ello se deriva la incongruencia de que la actuación constitucional se atribuya a un solo ciudadano.

El presidente estadounidense dispone de un poder hegemónico, pero controlado por el Congreso y los jueces. El “príncipe”, en América del Sud, mientras dure su gestión, dispondrá de un poder hegemónico con un haz de atribuciones, quizá superior al estadounidense, de acuerdo a la nomenclatura constitucional, pero los controles no serán semejantes ni –en caso de serlo– eficientes.

Tercero. La forma de elección del presidente instituye una cuestión relevante y paradigmática del sistema de gobierno: la utilización de sistemas mayoritarios, que cuentan además con una segunda ronda electoral, buscan el encuentro de un líder que gozaría de un amplio respaldo ciudadano. Así, el “príncipe republicano” recibirá el pronunciamiento ciudadano por un camino directo. La mayoría obtenida en la elección y la fuente ciudadana directa convencerán al líder presidencial de que su gobernación ha de conjugar a la historia misma. No será necesario ponderar la materialidad de los hechos pasados. Las inclinaciones e ideas del nuevo “príncipe republicano” son dueñas de una originalidad superior a todo lo conocido hasta entonces.

Cuarto. Jamás existirá un tiempo perdido para el presidente en su afán reeleccionista. En la Argentina y en Brasil, elegido el presidente, una de sus misiones –quizá hasta la más relevante de

⁸³ V. CALAMANDREI, Piero, Sin legalidad no hay libertad, Madrid, Trotta, 2016, p. 34.

su propio gobierno del Estado– quedará encajada en su carrera por la reelección inmediata. Así, empleará todo el aparato del Estado, incluso el coactivo y no sólo sus recursos, para cumplir el objetivo de la reelección. Una presidencia nunca es suficiente, porque los poderes concentrados sirven para preparar un horizonte de proyección distante, una segunda presidencia. Con sabiduría⁸⁴, en 2015 en Colombia se ha dispuesto, en el artículo 197 de su Ley fundamental, una prohibición de reelección del presidente con claros ribetes de naturaleza eterna; una suerte de impedimento perenne para perpetuarse en la presidencia ejecutiva del gobierno.

Quinto. La unidad de la autoridad del poder presidencial define al sistema de gobierno, pero no sólo por la atribución de la autoridad gubernativa y estatal; en resumen, todo el proceso constitucional quedará liderado por el presidente. ¡Presidente es sinónimo de unidad en el ejercicio constitucional de la autoridad! Un director absoluto de las lides fundamentales del Estado y su gobierno correspondiente, con poco o nulo espacio para comprender las debilidades, manifiestas o latentes, que tiene todo ser humano.

Sexto. Sostengo al comienzo del ensayo, en la sección II, que aquí no proyecto un modelo de sistema de gobierno. Ciertamente, la “confianza en las instituciones no se fortalece con elogios, sino con el acatamiento acompañado de una crítica racional”⁸⁵. Además, no tendría originalidad plantear que la presidencia, como institución monocrática, debería ser “abolida”⁸⁶

⁸⁴ La reelección presidencial es un fruto prohibido en México. La idea sobre su prohibición eterna fue consagrada en su Constitución, desde el 5/2/1917, en su art. 83.

⁸⁵ ZAFFARONI, E. Raúl: “Elogio del parlamentarismo”, ob. cit., p. 4.

⁸⁶ LOCKWOOD, Henry: *The Abolition of the Presidency*, New York, Worthington, 1884, p. 302. Recientemente, también se ha postulado “abolir la monarquía presidencial” que instituiría el vigente sistema de gobierno en Francia. Se adujo, además, que el presidencialismo es un “anomalía democrática” y que en su lugar debe instaurarse un sistema parlamentario, cuyo poder ejecutivo sea nominado por el Parlamento y responsable ante dicho órgano. V. MÉLENCHON, Jean-Luc: *L’Avenir en commun*, París, Seuil, 2016, p. 26.

y reemplazada por otro modelo plural para la función ejecutiva. Hay razones para imaginar un futuro en el que exista deliberación, altruismo, ilustración y, sobre todo, un ejercicio plural de ciudadanos que impida un apoderamiento individual del poder del Estado, más allá del prestigio que pudiese exhibir en su trayectoria un ciudadano.

Postulo que el presidencialismo debe ser democratizado. El monopolio político del sistema ahuyenta cualquier posibilidad seria para igualar a los ciudadanos en una sociedad abierta. La presidencia debe ser racionalizada en su ejercicio, tal como se la conoce. La ola democratizadora del órgano presidencial podría sobrevenir –solamente reforma constitucional mediante– por diferentes canales. La democratización del instituto debería ser interpretada como una cuestión de tiempos, porque argumentos se apilan para denostar su falta de estabilidad y su incapacidad demoleadora del diálogo democrático.

La democratización del poder presidencial serviría para conjurar los abusos o desvíos autoritarios del poder presidencial. Las alternativas para evitar la naturaleza dominante del presidencialismo son de diferente naturaleza. Se puede pensar en colegiatura del órgano y asignarle una naturaleza plural de individuos. O en la nominación de un primer ministro y el anclaje congresual de todos los ministros, o en otras posibles formas de fusión que provengan de la experiencia del sistema de gobierno parlamentario.

Séptimo. Para cumplir su misión, el presidente debe estar dotado de una importantísima cantidad de atribuciones, que se concentrarán, con hegemonía suficiente, en la unidad indivisible y franca de su persona. Dichas facultades, en la mayoría de los casos, son explicitadas en las Leyes fundamentales. Dado que el poder es la energía fundamental en el Estado constitucional, las facultades de los presidentes deben responder, al menos, a dos acciones clave, de naturaleza asimétrica. Así, por un lado, se lo inviste para ejecutar activamente una política y, en paralelo, también se lo inviste para impedir reactivamente una política. Más

claramente todavía, los poderes del presidente se encaminan para lograr un nuevo estado de cosas constitucionales o para inhibir o rechazar el cambio de un estado de cosas propugnado, en general, por otros congresistas. Los poderes del presidente, ya sean estimulantes o de rechazo –sin importar cuáles–, pueden ser utilizados para el progreso o para el empeoramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos.

El presidente goza de una gama enorme de poderes. Puede participar de la legislación ordinaria como colegislador, ya sea porque envía iniciativas al Congreso o porque promulga las leyes. La tarea legislativa, asimismo, incluye la posibilidad de dictar decretos con fuerza de ley o que el Congreso le delegue la potestad legislativa. También puede emitir proyectos sobre la reforma constitucional. Administra y gestiona el Estado con su voluntad suprema de ciudadano elegido. No hace falta recordar que maneja y presupuesta los recursos del Estado, imagina el gasto público y por eso determina las cuentas públicas de las restantes ramas del gobierno. Nombra a todos sus colaboradores y puede decidir su remoción sin otro espejo que su propia responsabilidad. Representa al Estado en lo interno y en sus relaciones internacionales. En la Argentina, además, ejerce la jurisdicción administrativa. En Colombia representa la “unidad nacional. También el presidente puede convocar al Congreso. Por si no fuera suficiente, lidera el proceso constitucional y es el actor principal del proceso político.

Octavo. El presidencialismo, cuando reduce la democracia, puede aumentar la gobernabilidad y demostrar determinada estabilidad. Sin embargo, cuando se reduce la gobernabilidad, no aumenta la democracia. Cae en pendiente el sistema de gobierno. No hay buenas razones para defender una democracia constitucional nada robusta como propone el presidencialismo, más allá de alguna ventaja que, basada sobre todo en una hegemonía fuertemente autocrática, pueda inducir una transitoria estabilidad, que siempre será sacudida por las naturalezas inclemencias de la política. Tampoco hay buenas razones para sostener un sistema, el presidencial de gobierno,

cuya inestabilidad siempre impactará en la línea de flotación del modelo. Es falso que el presidencialismo constituya un modelo erguido para navegar en medio de tempestades institucionales. Se impone una sentencia contraria.

El modelo presidencial, entonces, propone la tormenta infinita de la confrontación política. Si la tormenta tiene éxito, desconsuela al adversario, hasta nuevo aviso. Si fracasa, no hay que prestidigitar ni hacer profecías para conocer los resultados desastrosos.

En resumen, parece cierto que la inestabilidad del presidencialismo constituirá la inestabilidad del sistema de gobierno y que la inestabilidad del gobierno parlamentario hará caer, presumiblemente, el gobierno pero no el modelo. No se puede sostener que unas bellas páginas –trátese de un modelo parlamentario o presidencial– podrán cambiar el mundo por sí solas. Sería necesaria también una ciudadanía comprometida y responsable para comprender y contribuir a la estabilidad institucional.

Noveno. El Estado constitucional se integra con una comunidad de ciudadanos. El ente es una asociación de dominación, cuyos poderes emanan de los ciudadanos y deben encontrarse a su servicio. Por ello, resulta intolerable e inadmisibles una autoridad ejercida en nombre de un poder estatal que flotase por encima de los ciudadanos⁸⁷.

Las peculiares características que tiene la elección de la presidencia, por lo general basada en el principio mayoritario, aunque entrega un poder supremo y quizá estable, no produce una protección escalonada de la minoría, quienes quedarán a la intemperie. La mayoría de los votos prueba sólo eso: un circunstancial apoyo y una oportunidad, pero no la idoneidad, la que puede llegar a faltar y mostrar los retazos de pensamientos ausentes. Dada la formación de sus poderes supremos inherentes, el líder presidencial siempre transitará su ejercicio por

⁸⁷ HÄBERLE, Peter: El Estado constitucional, México, D.F., UNAM IJ, 2003, p. 198.

las arenas movedizas de un poder fundado en un fragmento mayoritario de la ciudadanía.

Más de 200 años de experiencia presidencial en América del Sud hacen pensar si acaso esa supremacía del poder ejecutivo no constituye, patéticamente, la causa de las causas de la inestabilidad institucional, del sometimiento y de la vulnerabilidad social. Le pregunto al lector, en la despedida de estas letras: ¿el presidente, tal como se expresa en la Argentina, en Brasil y en Colombia, no resulta un monarca elegido, valga el contrasentido, con veleidades de un “director de pueblos”⁸⁸ con poderes hegemónicos? Si sólo son indispensables los ciudadanos, ¿puede ser cierto que el director de pueblos sea un hombre que se juzga a sí mismo como un “hombre de Estado indispensable”⁸⁹, con poderes absolutos y que practica el monólogo presidencial?

⁸⁸ ARLT, Roberto: “Saverio, el cruel”, Teatro completo, Buenos Aires, Losada, 2011, p. 142.

⁸⁹ *Ibíd.*

Breve historia constitucional de la Provincia de Buenos Aires. Análisis de las Cartas Bonaerenses (1820-1994)

Brief constitutional history of the Province of Buenos Aires. Analysis of the Buenos Aires Letters (1820-1994)

Breve história constitucional da Província de Buenos Aires. Análise das Cartas de Buenos Aires (1820-1994)

La constitution de la province de Buenos Aires. Vingt ans après sa réforme (1820-1994)

布宜诺斯艾利斯省宪法的历史背景。改革二十五年后

Guillermo Raúl Moreno¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 91-118

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e270>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6334-659X>

Recibido: 19/04/2019

Aprobado: 24/05/2019

Resumen: El presente trabajo recorre el proceso transitado por la Provincia de Buenos Aires desde su nacimiento en 1820 hasta la actualidad en busca de su organización institucional. Es por ello que iniciamos este análisis con los primeros antecedentes constitucionales en la Provincia para luego detenernos en las diferentes constituciones sancionadas desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días. Como podremos observar, la evolución del derecho constitucional bonaerense se desarrolló en gran medida a partir de los sucesos y procesos políticos acontecidos a

¹ Abogado, adjunto cátedra III de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

nivel nacional y que impactarán de lleno en territorio provincial. Conocer nuestros orígenes y los procesos políticos que rodearon la evolución del constitucionalismo bonaerense nos servirá, no solo para saber de nuestro pasado en común, sino también para comprender nuestro presente y pensar entre todos nuestro futuro.

Palabras claves: Historia constitucional, provincia de Buenos Aires, Constitución; Derecho Público Provincial

Abstract: The present work goes through the process traversed by the Province of Buenos Aires from its birth in 1820 up to the present time in search of its institutional organization. That is why we began this analysis with the first constitutional antecedents in the Province and then stopped at the different constitutions sanctioned from the mid-nineteenth century to the present day. As we can see, the evolution of Buenos Aires constitutional law developed to a great extent from the events and political processes that took place at the national level and that will have a full impact on the provincial territory. Knowing our origins and the political processes that surrounded the evolution of Buenos Aires constitutionalism will help us not only to know our common past, but also to understand our present and think together about our future.

Keywords: Constitutional History, Province of Buenos Aires, Constitution; Provincial Public Law.

Resumo: Este trabalho recorre o processo transitado pela Província de Buenos Aires desde seu nascimento em 1820 até a atualidade em busca de sua organização institucional. É por isso que iniciamos essa análise com a história constitucional da Província para depois detemos nas diferentes constituições sancionadas desde meados do século XIX até hoje. Como podemos ver, a evolução do direito constitucional de Buenos Aires desenvolveu-se em grande medida a partir dos eventos e processos políticos que ocorreram em nível nacional e que terão um impacto no território provincial. Conhecer nossas origens e os processos políticos que cercaram a evolução do constitucionalismo de Buenos Aires nos ajudará, não somente para conhecer nosso passado em comum, mas também para compreender nosso presente e pensar juntos nosso futuro.

Palavras-chave: História constitucional, província de Buenos Aires, Constituição; Direito Público Provincial.

Résumé: Processus transité par la province de Buenos Aires depuis sa naissance en 1820 jusqu'à nos jours à la recherche de son organisation institutionnelle. C'est la raison pour laquelle nous commençons cette analyse par l'étude des premiers antécédents constitutionnels de la province pour ensuite examiner les différentes constitutions sanctionnées à partir du milieu du XIXe siècle jusqu'à nos jours. Comme on peut le constater, l'évolution du droit constitutionnel de la province de Buenos Aires s'est faite en grande partie à partir des événements et des processus politiques de niveau national et qui auront eu un très fort impact sur le territoire provincial. Connaître nos origines et les processus politiques qui ont accompagné l'évolution du constitutionnalisme dans la province de Buenos Aires nous aidera non seulement à connaître notre passé commun, mais également à comprendre notre présent et à penser ensemble notre futur.

Mot-clés: Histoire constitutionnelle, Province de Buenos Aires, Constitution; Droit public provincial.

摘要: 这项工作涵盖了布宜诺斯艾利斯省从1820年诞生到现在寻找其机构组织的过程。这就是为什么我们开始对该省的第一个宪法历史进行分析,然后停止从19世纪中叶到今天批准的不同宪法。我们可以看到,布宜诺斯艾利斯宪法权利的演变主要是从国家一级发生的事件和政治进程发展而来,这将对省级领土产生影响。了解我们的起源以及围绕布宜诺斯艾利斯宪政主义演变的政治过程将有助于我们,不仅要了解我们的共同过去,还要了解我们的现在并一起思考我们的未来。

关键字: 宪法史, 布宜诺斯艾利斯省, 宪法, 省公法

I. Introducción

Los primeros expedicionarios que envió la corona española a estas tierras tuvieron como objetivo encontrar el paso que uniera los dos grandes océanos. El primero en llegar fue Juan Díaz de Solís en 1516, quien llamó “mar dulce” a aquella extensión de aguas rojizas que encontró en estas latitudes y que con el tiempo se conocería como el “Río de la Plata”. Luego pasarían Magallanes en 1520 y Caboto en 1526.

Poco tiempo después, el 2 de febrero de 1536, Pedro de Mendoza fundará el puerto de nuestra *Señora de Santa María del Buen Aire*. Años más tarde, al ser creado el Virreinato del Río de La Plata en 1776 será Buenos Aires nombrada capital de la nueva jurisdicción.

Desde sus orígenes Buenos Aires estuvo llamada a tener un rol protagónico en el desarrollo institucional de nuestro país. Será allí que tendrá lugar el movimiento libertario de mayo de 1810, donde residirán las primeras autoridades patrias y serán sancionados los primeros estatutos, reglamentos y ensayos constitucionales anteriores a 1853.

Su ubicación estratégica en el acceso al estuario del Río de la Plata y el desarrollo posterior de su puerto ultramarino hicieron de esa pequeña aldea una ciudad cosmopolita con una fuerte vocación de liderazgo.

Recién a principios de 1820 nacerá la provincia de Buenos Aires como entidad autónoma de derecho público, sancionando su primera Constitución en 1854.

Hoy Buenos Aires es la provincia mas extensa y poblada del país. Cuenta con una extensión territorial de 307.000 kilómetros cuadrados (superficie similar a la de Italia o Alemania). Según estadísticas oficiales, en ella viven cerca de 17 millones de habitantes² y cuenta con uno de los conglomerados urbanos mas grandes del mundo, como lo es el conurbano bonaerense. En materia electoral su aporte es decisivo, pues concentra casi el 40% del padrón electoral del país.

La Provincia de Buenos Aires a lo largo de su historia fue modificando y alterando en reiteradas oportunidades sus límites hasta llegar a su conformación territorial actual. No olvidemos que debido a su gran extensión y de acuerdo a su ubicación geográfica linda con otras varias jurisdicciones con las que a lo largo del tiempo debió ajustar y demarcar sus límites comunes: Río

² Dirección Provincial de Estadísticas, Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires, <http://www.estadistica.ec.gba.gov.ar/dpe/index.php>

Negro, La Pampa, Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Río de la Plata y el Océano Atlántico

Ahora bien, tomando en cuenta todos estos elementos nos proponemos en las siguientes páginas analizar la génesis de la Constitución bonaerense. Detenemos brevemente la evolución del derecho público de la Provincia de Buenos Aires y sus distintas cartas constitucionales. Tal como lo señalamos anteriormente dictará su primera constitución en 1854, en contraposición a la Carta Magna surgida en Santa Fe un año antes y de cuya sanción no va a participar. Luego, con el correr de los años, la provincia reformará su constitución en cinco oportunidades, dos en el siglo XIX (1873 y 1889) y tres en el siglo XX (1934, 1949 y 1994).

II. El nacimiento de la Provincia de Buenos Aires

Durante la década que transcurre entre 1810 y 1820 comenzó a gestarse y a definirse en los pueblos del interior un marcado sentimiento de resistencia al “centralismo porteño”. Estos vieron en la revolución una oportunidad para mejorar su suerte. Lejos de que tal cosa ocurriera, la situación empeoró. Los sucesos de mayo y el surgimiento de un nuevo gobierno patrio enfrentaron a los porteños con los pueblos del interior que, si bien aceptaron el fin del pacto colonial con España, descartaron de plano la nueva dependencia que les imponía Buenos Aires.³

La llamada “crisis del año XX”, que aparejó la quiebra del poder central, no constituyó un hecho aislado, sino por el contrario, fue el resultado de un proceso iniciado con la revolución de mayo de 1810.

Esta crisis, al decir de Palacios, la más grave que sufre la revolución desde sus comienzos, tendrá como consecuencia inmediata la disolución de las autoridades centrales. Pues desaparecieron el Directorio y el Congreso (el mismo que había

³ Ampliar en MORENO, Guillermo Raúl, *La Asamblea del Año XIII. Artigas y el surgimiento del federalismo en el Río de la Plata*. Revista Derechos en Acción, año 3, nro. 9

declarado en forma solemne la independencia en Tucumán en 1816) y al mismo tiempo nacerá la provincia de Buenos Aires en su condición de tal.

Las fuerzas combinadas del litoral vencieron en los campos de Cepeda al ejército de Buenos Aires el 1° de febrero de 1820. Las tropas directoriales estaban al mando del Gral. Rondeau, quien había asumido como Director Supremo ante la renuncia de Pueyrredon. Las montoneras que triunfaron en la batalla de Cepeda estaban comandadas por Estanislao López, gobernador de Santa Fe y Francisco Ramírez representando a Entre Ríos, ambos lugartenientes subordinados a Artigas. Como señala ORSI, esta batalla de escasa importancia militar, tuvo una trascendencia política extraordinaria, toda vez que significó la caída del régimen centralista y su reemplazo por un sistema federal.⁴

El 11 de febrero de 1820 el Director Rondeau renunció a su cargo depositando su poder en el Cabildo de Buenos Aires. Lo propio ocurrió con los miembros del Congreso. El cabildo, de esta forma, se erigió como “Cabildo-Gobernador de la Provincia de Buenos Aires”, convocando a elecciones para formar una Junta de Representantes, la que sería la encargada de nombrar al futuro gobernador. De esta forma nace la provincia de Buenos Aires como entidad autónoma de Derecho Público.

Conforme a las instrucciones que Artigas había ordenado a Ramírez, la guerra era entre “los pueblos libres” y el Directorio y no contra el pueblo de Buenos Aires. Por lo tanto, al desaparecer la autoridad directorial el 11 de febrero y surgir una nueva entidad (la provincia de Buenos Aires), el pueblo debería elegir libremente un nuevo gobierno y con éste se concertaría la paz.

Fue entonces que el 23 de febrero de 1820, con la firma de López, Ramírez y Sarreatea, se suscribió el conocido “Tratado del Pilar”. Ya en el preámbulo del Pacto las provincias firmantes se propusieron “...poner término a la guerra suscitada entre dichas

⁴ Ver ORSI, René, Dorrego y la Unidad Rioplatense, Colección de pensamiento nacional, Subsecretaría de Cultura, Coordinación editorial Daniel R. Ríos, La Plata, 1991, p. 11.

provincias, de proveer a la seguridad ulterior y de concentrar sus fuerzas y recursos en un gobierno federal”.⁵

El Tratado del Pilar, de fundamental importancia en nuestra historia institucional, inició el régimen de pactos argentinos como método de organización. Al mismo tiempo, puso fin definitivamente a las tratativas de imponer una monarquía en el Río de La Plata, consolidando de este modo la forma republicana de gobierno. Por último debemos señalar que constituyó el primer pacto que suscribe Buenos Aires en calidad de provincia.

III. Los primeros ensayos constitucionales de la provincia de buenos aires

A partir de 1820 fue surgiendo en las provincias un derecho público autóctono, nacido de las costumbres y realidades provincianas. Así comenzaron a dictarse los primeros estatutos, reglamentos y constituciones provinciales. La primera en sancionar su carta fundamental fue la provincia de Santa Fe (Estatuto Provisorio de 1819) continuando luego las restantes. Por su parte Buenos Aires, a diferencia del resto de las provincias, no dictaría su constitución hasta el año 1854, por lo tanto debió organizar sus instituciones a través de diferentes leyes.

Se suele mencionar como la primera “carta escrita” de la provincia a la sancionada por la Junta de Representantes en las sesiones del 29 y 30 de mayo de 1820, por medio de la cual se le otorgó al gobernador Ramos Mejía el *lleno de facultades*. En realidad, como señala GALLETTI, se trató de establecer un Reglamento Provincial de carácter provisorio por ocho meses. A través del mismo, se nombró un gobernador (delimitándose sus competencias) y un consejo consultivo de tres miembros titulares y dos suplentes para asistirlo.⁶

⁵ Ver MORENO, Guillermo Raúl, *En cumplimiento de pactos preexistente*. Organización institucional argentina (1820-1853), Eulp, La Plata, 2008, p. 19.

⁶ Ampliar en GALLETTI, Alfredo, *Historia Constitucional Argentina*, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1987, p. 410.

El primer antecedente provincial en materia constitucional podemos situarlo en 1821 durante el gobierno de Martín Rodríguez. A instancia de Rivadavia, por entonces ministro del Poder Ejecutivo, se nombró con fecha 25 de junio de 1821 una comisión encargada de redactar una constitución provincial. La misma aconsejó que la Junta de Representantes, (así era llamado el órgano legislativo provincial), duplicase su número de miembros y al mismo tiempo, se declarase “Extraordinaria y Constituyente”. En consecuencia fue dictada una ley que así lo estableció. Si bien no se llegó a dictar una constitución, ni siquiera fue presentado proyecto alguno, esta Junta en uso de su “soberanía ordinaria y extraordinaria” dictó numerosas leyes de carácter constitucional.⁷

Asimismo, debemos situar otro antecedente en la materia en 1833 durante el gobierno del General Juan Ramón Balcarce. En ese año fue presentado ante la Junta de Representantes un proyecto de constitución para la provincia. El mismo, si bien tuvo tratamiento, no fue aprobado.⁸

⁷ En tal sentido se podrían destacar: *Ley de Ministerio* (18 de julio de 1821): dividía en tres las carteras del gabinete: gobierno, hacienda y guerra; *Ley de Elecciones* (11 de agosto de 1821): Establecía el procedimiento para la elección de diputados; *La ley de Supresión de los Cabildos*: Durante esta época, también a instancia de Rivadavia, se suprimieron los cabildos en la provincia de Buenos Aires. Sus funciones administrativas, edilicias y educativas pasarían a ser ejercidas por el gobierno provincial hasta dictarse una ley general de las municipalidades. En tanto que sus funciones judiciales, serían encargadas a jueces letrados; *Ley del Poder Ejecutivo*: A través de la misma, se dispuso que el gobernador duraría tres años en sus funciones, pudiendo ser reelecto. Sería nombrado por la Junta de Representantes con mayoría absoluta de votos. Al no existir el cargo de vicegobernador, en caso de fallecimiento lo debía reemplazar el presidente de la Junta al solo efecto de convocar a elecciones dentro de los ocho días. Por ausencia o licencia podía delegar sus funciones en sus ministros.

⁸ Este proyecto de Constitución fue presentado ante la Junta de Representantes de Buenos Aires por los diputados García Valdez, Mateo Vidal y Diego Alcorta. Si bien es cierto que no llegó a sancionarse no se debe restarle importancia como antecedente constitucional. En texto del proyecto abarcaba temas como: la religión, ciudadanía, forma de gobierno, organizaba los poderes constituidos bajo la clásica división tripartita y establecía el procedimiento para reformar la constitución. Ver Corbetta, Juan Carlos. *Textos Constitucionales de Buenos Aires*, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. La Plata 1983. Asimismo, para acceder al texto completo del proyecto ver *Reforma de la Constitución de la Provincia*

IV. Constitución del Estado de Buenos Aires (1854)

Buenos Aires dictará su primera Constitución en 1854 cuando se encontraba separada del resto de las provincias de la Confederación. Teniendo en cuenta estas especiales circunstancias, podemos afirmar con Varela, que “esta constitución estaba, desde su origen, destinada a tener una vida fugaz”.⁹

Entendemos que resulta necesario tener en cuenta el proceso que llevó a la caída de Rosas como gobernador y encargado del manejo de las relaciones exteriores a la hora de analizar la primera carta bonaerense.¹⁰

En 1851 formaron una liga Entre Ríos, Corrientes, la Banda Oriental y Brasil con el objetivo de enfrentar a Juan Manuel de Rosas, gobernador de Buenos Aires y encargado del manejo de las relaciones exteriores de la Confederación Argentina.

Urquiza, por entonces gobernador de Entre Ríos, luego de su célebre pronunciamiento, acordó con el emperador de Brasil, Pedro II, para que éste lo provea de todo lo necesario para enfrentar la guerra contra Rosas. Así fue que el Ejército Grande al mando del propio Urquiza se enfrentó el 3 de febrero de 1852 en la batalla de Caseros con las tropas del gobernador de Buenos Aires, siendo éste completamente derrotado.¹¹

Una vez ausente Rosas del escenario político nacional, el 31 de mayo de 1852 se suscribió el pacto conocido en nuestra

de Buenos Aires. Antecedentes y Debates 1852-1987, Secretaría Legislativa. H. Senado de la provincia de Bs. As. La Plata, 1988. Tomo I Volumen 1. P. 1 y ss.

⁹ Ver VARELA, Luis V., *Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires*, Talleres de Impresiones Oficiales, La Plata, 1907, p. 10.

¹⁰ Ampliar en ARAMBURU, Mariano, *El debate legislativo de la Constitución del Estado de Buenos Aires (1854). Conceptos de Soberanía, Nación y Estado*. PolHis, Num 17 (9).

¹¹ Rosas una vez derrotado y aún en el campo de batalla redactó una esquila dirigida a la Sala de Representantes (pidió disculpa por la desprolijidad de su letra, pues tenía su mano derecha herida) por medio de la cual devolvía la suma del poder público oportunamente delegada. Luego se embarcará en una fragata inglesa rumbo al exilio. Estos pormenores que rodearon la batalla de Caseros a principios de 1852 se encuentran desarrollados en SALDÍAS, Adolfo, *Historia de la Confederación Argentina*, Editorial Juan Carlos Granda, Bs. As. 1967, Tomo III, p. 436.

historia constitucional como el “Acuerdo de San Nicolás”, siendo luego ratificado por todas las provincias, excepto Buenos Aires.

El objetivo de este acuerdo, que constituye el antecedente inmediato al dictado de la constitución de 1853, fue justamente establecer las bases para la organización del tan ansiado Congreso General. Allí se estableció que el congreso constituyente debía funcionar en la ciudad de Santa Fe, y que todas las provincias al ser iguales en sus derechos como miembros de la Nación concurrirían al Congreso con igual número de representantes (dos por provincia, elegidos conforme a las leyes electorales internas).¹²

La Sala de Representantes porteña impugnó enérgicamente el Acuerdo firmado en San Nicolás de los Arroyos, calificando como arbitrarios y directoriales a los poderes otorgados a Urquiza. Por otro lado, Buenos Aires no se resignaba a concurrir al congreso en un pie de igualdad con las demás provincias. Reclamaba mayor representación, como así también el derecho de revisar la futura constitución que se sancione.

Todo este estado de convulsión que ocasionó el conocimiento del contenido del acuerdo firmado por el entonces gobernador de Buenos Aires Vicente López, concluyó con la revolución del 11 de septiembre de 1852. A partir de este momento, Buenos Aires se separará del resto de las provincias confederadas, declarando no reconocer ningún acto emanado del congreso a reunirse en Santa Fe.

Es así como la Nación se encontró en ese año de 1852 dividida en dos grandes bloques antagónicos: la Confederación Argentina por un lado y Buenos Aires por otro, constituidos ambos en estados independientes. Dicha situación se mantendrá hasta la firma del Pacto de San José de Flores en noviembre de 1859.¹³

¹² Para un análisis del contenido del pacto se puede acudir a LÓPEZ ROSAS, José Rafael, *Historia constitucional argentina*, editorial Astrea, 3ra. Edición, Bs. As. 1984, p. 506.

¹³ Ampliar en MORENO, Guillermo Raúl, *El Pacto de San José de Flores y la Unión Nacional*, Revista Derechos en Acción, año 2, nro. 3, p. 21.

Durante este período de secesión entre 1853 y 1859, las provincias argentinas reunidas en Santa Fe habían sancionado la Constitución Nacional. Como manifestamos anteriormente, Buenos Aires no participó de la convención y por lo tanto, no reconoció la carta fundamental aprobada por el congreso constituyente.

En respuesta a ello, el Estado de Buenos Aires dictará su propia Ley Suprema en 1854. Para tal fin no fue necesario llamar a una convención especial ya que la legislatura porteña tenía poderes constituyentes desde 1821 (cuando duplicó el número de sus miembros y pasó a denominarse “extraordinaria y constituyente”). De tal modo, el 19 de octubre de 1853 se formó una comisión de siete miembros con el objeto de redactar el proyecto constitucional. Los encargados de la redacción del mismo, tomaron como fuente el proyecto de constitución provincial de 1833, como así también la constitución unitaria de 1826.

Finalmente, el 11 de abril de 1854 quedó sancionada la “Constitución del Estado de Buenos Aires”, siendo en consecuencia promulgada y jurada por el entonces gobernador Pastor Obligado y demás funcionarios provinciales.¹⁴

La constitución aprobada constaba de 178 artículos divididos en ocho secciones: Sec. I : De la soberanía, territorio y culto del Estado; Sec. II: De la ciudadanía; Sec. III: De la forma de Gobierno; Sec. IV: Del Poder Legislativo; Sec. V: Del Poder Ejecutivo; Sec. VI: Del Poder Judicial; Sec. VII: De la observancia de las leyes, Reforma de la Constitución y su juramento y Sec. VIII: Declaraciones Generales.

Su artículo primero tiene especial importancia toda vez que en él se evidencia la situación por la que estaba atravesando la nación dividida y fracturada, al establecer que “Buenos Aires es

¹⁴ Se puede acceder al texto completo de la Constitución de 1854 en CORBETTA, Juna Carlos, *Textos Constitucionales de Buenos Aires*, editado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 1984, p. 57.

un Estado con libre ejercicio de su soberanía interior y exterior, mientras no la delegue expresamente en un gobierno federal”.

Además se fijaron los límites del Estado (hasta la Patagonia inclusive); consideraba ciudadanos a los nacidos en su territorio y concedía la naturalización a los extranjeros. Adoptaba la religión Católica Apostólica Romana, no obstante ello, al mismo tiempo, garantizaba la libertad de culto.

Estableció como principio que la soberanía residía originariamente en el pueblo y su ejercicio era delegada en los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. El Poder Legislativo estaba organizado bajo el sistema bicameral: Cámara de Representantes y Cámara de Senadores. Disponía la creación de una “Comisión Permanente” compuesta de tres senadores y cuatro representantes, la que debía funcionar durante el período de receso de ambas cámaras.

El Poder Ejecutivo era unipersonal y estaba a cargo del “gobernador del Estado de Buenos Aires”, quien sería elegido por la Asamblea General y duraría tres años en sus funciones no pudiendo ser reelecto sino después de haber transcurrido un período. El gobernador estaría acompañado por ministros secretarios, los que no podían ser más de tres.

En relación al Poder Judicial, se estableció expresamente que “era independiente de todo otro en el ejercicio de sus funciones”. La Constitución delegaba en una ley posterior la organización de los tribunales y juzgados, poniendo como cabeza de todo el Poder Judicial a un “Tribunal Superior de Justicia”.

En cuanto a la posibilidad de una posterior reforma constitucional, la carta bajo análisis preveía diversos procedimientos según la iniciativa proviniera del Poder Ejecutivo o de la Legislatura. En definitiva quien decidía al respecto era la Asamblea General, previa consulta al Gobernador.

La última sección era dedicada a lo que podríamos llamar “declaraciones, derechos y garantías”. Allí fueron plasmados fundamentales principios de la ciencia constitucional como por

ejemplo: la protección de la vida, reputación, libertad, seguridad y propiedad; el principio de igualdad ante la ley; las reglas del debido proceso; la libertad de tránsito, industria y comercio entre otros. También se dispuso que la educación, al menos primaria, se costearía por el tesoro del Estado y que el régimen municipal sería establecido en todo el estado.

V. Constitución de 1873

Con la firma del Pacto de San José de Flores el 11 de noviembre de 1859 Buenos Aires se reincorporó al resto de las provincias argentinas, declarándose parte integrante de la Confederación y comprometiéndose a jurar la Constitución de 1853 de la cual no había participado de su redacción.

En el pacto mencionado se estableció la convocatoria a una Comisión provincial examinadora de la Constitución de 1853. Si ésta no hallaba nada que modificar, Buenos Aires debía jurar solemnemente la Ley Fundamental. En el supuesto que se propusieran reformas deberían ser comunicadas al Congreso para que éste convoque a una Convención Nacional Ad Hoc que las estudiaría sin estar obligada a acatarlas, podían ser aceptadas o no, debiendo Buenos Aires jurar igualmente la Constitución Nacional.

También se dispuso que Buenos Aires no ejercería mas relaciones diplomáticas con el exterior y que mantendría sus propiedades fiscales que le daban sus leyes locales y los “establecimientos públicos de cualquier género”. De esta forma quedó bajo su órbita, como poder no delegado a la Nación, el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Al mismo tiempo su histórica y a la vez conflictiva Aduana pasó a ser nacional.¹⁵

Cumpliendo con lo pactado, a principios de 1860 comenzó sus sesiones la Comisión Provincial examinadora (integrada entre otros por Bartolomé Mitre, Dalmacio Vélez Sarsfield, José

¹⁵ Ver TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones argentinas*, 8va edición, Cathedra Jurídica, Bs. As. 2012, p. 648.

Mármol y Domingo F. Sarmiento). Fueron 24 las reformas propuestas, siendo la mayor parte de estas adiciones aclaratorias o supresiones parciales. Sólo se agregaron tres artículos nuevos.

Posteriormente se reunió la Convención Nacional Ad Hoc en Santa Fe el 14 de septiembre de 1860. Salvo algunas excepciones, la totalidad de las reformas propuestas fueron aceptadas.

Fue así entonces que el 21 de octubre de 1860, la provincia de Buenos Aires, juró la Constitución Nacional. En consecuencia se imponía adecuar su propia carta provincial, la que había sido creada para una situación política e institucional completamente diferente. Esta reforma imprescindible para adecuarse a la nueva realidad se fue demorando por distintos motivos, concretándose recién en la Convención constituyente de 1870-1873. En ella se dieron cita las “más altas personalidades y las más claras inteligencias del país, tanto entre los tratadistas probados, como entre la juventud universitaria”.¹⁶ Así, por entonces se dirá, haciendo alusión a la Carta provincial, que la obra de aquella Convención fue un “verdadero monumento de ciencia constitucional”.¹⁷

La Convención instalada en forma solemne el 23 de mayo de 1870 se tomó su tiempo. Demoró un año solo para elaborar el proyecto. Luego de tres años de trabajo, surgirá la nueva constitución provincial el 29 de noviembre de 1873 durante la gestión del gobernador Mariano Acosta.¹⁸

La Constitución Provincial de 1873 se componía de 256 artículos divididos en nueve secciones: Sec. I Declaraciones, Derechos

¹⁶ Participarán de la Convención Constituyente de 1870-1873 entre otras personalidades de la época: Bartolomé Mitre; José Mármol; Luis Sáenz Peña; Dardo Rocha; Luis Varela; Carlos Tejedor; José María Moreno; Manuel Quintana; Pedro Goyena; J.M. Estrada; Bernardo de Irigoyen; Juan María Gutiérrez; Vicente F. López, Quirno Costa.

¹⁷ VARELA, Luis, V. Ob Cit. p. 13.

¹⁸ Como señala Corva, la Convención inició sus sesiones ordinarias el 23 de mayo de 1870, presidida por Manuel Quintana, en cuyo discurso quedó definida la visión que ellos tenían de ese acontecimiento, afirmando que en el seno de la Convención se encontraban diseminados los hombres mas notables de la provincia. CORVA, María Angélica, *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires (1853-1881)*, prohistoria ediciones, Rosario, 2014, p. 228.

y Garantías; Sec. II Régimen Electoral; Sec. III: Poder Legislativo; Sec. IV: Poder Ejecutivo; Sec. V: Poder Judicial; Sec VI: Del Régimen Municipal; Sec. VII: Educación Pública; Sec. VIII: De la Reforma de la Constitución; Sec. IX Disposiciones Transitorias.¹⁹

En primer lugar, aparece en esta reforma el Preámbulo como síntesis de los objetivos propuestos por el constituyente provincial. También se consagra expresamente el “habeas corpus”; la inconstitucionalidad de toda ley o decreto contrarios a las disposiciones previstas en el texto constitucional; la representación política con base en la población y el principio de proporcionalidad de la representación en todas las elecciones populares. Se consagra la figura del “Vicegobernador”. Se crearon los cargos del Contador y Tesorero de la Provincia. Se coloca frente del Poder Judicial a una Suprema Corte de Justicia ; se establece el principio de inamovilidad de los jueces , se dispone la creación de Tribunales Militares. Se consagra la elección popular del Gobernador y Vicegobernador. Se establece un régimen municipal. En materia educativa se dispone la creación del Director General de Escuelas y el Consejo General de Educación. Asimismo, se reglamenta disposiciones relativas a la Instrucción secundaria y Superior y se crean los Consejos Escolares para la administración local.

También se modifica el procedimiento para reformar la Constitución: la misma estableció un doble procedimiento para tal fin: Enmienda parcial: la reforma se realizaría por la Legislatura, por el voto de los dos tercios de los miembros de cada cámara, y posterior consulta popular (se aclaraba expresamente que en este supuesto la Legislatura no tendría facultad para proponer en enmienda o enmiendas a mas de un artículo de la constitución en la misma sesión), y Reforma Total o Parcial: En este caso la Legislatura por el voto de las dos terceras partes de cada cámara debía declarar la necesidad de la reforma y luego se convocaría a una Convención Constituyente.

¹⁹ Se puede acceder al texto completo de la Constitución de 1873 en CORBETTA, Juan Carlos, Ob. cit. p. 81.

VI. Constitución de 1889

La reforma de la Constitución provincial de 1889 respondió, una vez más, a la necesidad de adaptarla a nuevos cambios institucionales a nivel nacional.

Durante los últimos días de la presidencia de Nicolás Avellaneda (1874-1880) finalmente fue sancionada por el Congreso Nacional la ley que declaraba a Buenos Aires Capital de la República.

Recordemos en este punto que la Constitución de 1853 había establecido que Buenos Aires sería la ciudad capital donde residirían las autoridades nacionales. Mientras continuó pendiente el estado de secesión (1852/1860), y encontrándose Buenos Aires separada del resto de la Confederación, las provincias fijaron transitoriamente en Paraná la residencia oficial del Gobierno Nacional.

El artículo 3° de la Constitución Nacional referido a la capital del Estado fue modificado en ocasión de la reforma constitucional de 1860. Así, se optó por no fijar ningún lugar en forma expresa, dejándose librado a una ley posterior la designación de la residencia oficial del gobierno previa cesión, por parte de las provincias, del territorio que haya que federalizarse.

En efecto, el 20 de septiembre de 1880, y de conformidad al procedimiento estatuido en el artículo 3 de la Constitución Nacional, fue aprobada por el Congreso Nacional la ley 1029, mediante la cual se federalizaba a la ciudad de Buenos Aires, pasando a ser, en consecuencia, formalmente la capital de la República. Por lo tanto, y observando las disposiciones del artículo citado, la Provincia de Buenos Aires debió ceder el territorio en cuestión mediante una ley provincial.²⁰

²⁰ En el Senado provincial no hubo oposición, pero en la Cámara de Diputados se alzaron voces como la de Alem en franca oposición a ceder los territorios para la nueva capital. Se puede a parte de sus discursos en ROSA, José María, *Historia Argentina*, volumen 8, Editorial Juan Carlos Granda, Buenos Aires, 1969, p. 115.

De esta forma, se presentó la necesidad de dotar a la provincia de una ciudad capital. La Constitución provincial vigente entonces (Carta de 1873) nada decía al respecto, de este modo se impuso reformar nuevamente a la Ley Fundamental de la provincia. Para llevar adelante las modificaciones en el texto constitucional, se debió dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en la ley fundamental de 1873. Se declaró, mediante ley dictada por la legislatura bajo el número 1419, la necesidad de la reforma, siendo luego convocada una convención constituyente a tal fin.

La nueva Constitución fue aprobada y sancionada el 21 de octubre de 1889, siendo promulgada seguidamente mediante decreto del entonces gobernador Paz .

La Constitución provincial de 1889 constaba de 224 artículos, divididos en nueve secciones: Sec I: Declaraciones, Derechos y Garantías; Sec. II: Régimen Electoral; Sec. III: Poder Legislativo; Sec IV: Poder Ejecutivo; Sec. V: Poder Judicial; Sec. VI: Régimen Municipal; Sec VII: Educación e Instrucción Pública; Sec. VIII: De la Reforma de la Constitución; Sec IX: Disposiciones Transitorias.

Algunas de las modificaciones más sobresalientes se podrían resumir: en primer término se estableció que la capital de la provincia era la ciudad de La Plata, debiendo residir allí las autoridades estatales; se elevaba el término del mandato de los diputados de 2 a 3 años, de los senadores de 3 a 4 años y del gobernador y vicegobernador de 3 a 4 años, los mismos se elegirían a través de elección indirecta por medio de electores; se creó la figura del Fiscal de Estado (sería el encargado de defender el patrimonio del fisco), también se consagran los cargos de Subcontador y Subtesorero de la provincia; en materia judicial, se dispuso que los jueces de paz legos serían designados por el Poder Ejecutivo a propuesta de una terna elevada por los municipios.

Al mismo tiempo, se modificó el procedimiento para reformar la Constitución. Fue suprimida la posibilidad de “enmienda”

por la legislatura y posterior sometimiento al pueblo, estableciéndose la Convención Constituyente como único medio para llevarla a cabo.

VII. Constitución de 1934

Desde tiempo atrás la República Argentina se había consolidado como país proveedor de materia primas de los países europeos (encabezados por Inglaterra) y al mismo tiempo campo de inversión de sus excedentes.

El país había cambiado sustancialmente en su estructura social a partir del fenómeno inmigratorio. Entre 1875 y 1914 se estima que en nuestro país fueron recibidos más de 5 millones de extranjeros.²¹

El país se transformó ciertamente, pero desde arriba hacia abajo, sin permitir que la masas populares tomen partido en el reparto de poder. La oligarquía gobernante comprendió que debía ser liberal hasta las últimas consecuencias en el plano económico y fuertemente conservadora en lo político. El eje del sistema del “Régimen” fue una concepción absolutista del Poder Ejecutivo y una constante política de violencia y fraude electoral. Esta situación de fortaleza comenzó a debilitarse con la aparición de otra línea política opositora, que si bien en un principio surgió con rasgos imprecisos, más adelante se fue definiendo de una forma más orgánica hacia una “democracia popular”.

En 1912, durante el gobierno del presidente Roque Sáenz Peña, se va a llevar adelante la conocida reforma electoral de fundamental importancia en la vida política e institucional de nuestro país.

Si bien el fraude no fue totalmente erradicado, a través de esta reforma se logró incorporar a la vida política a un basto sector de la clase media y a las masas más humildes de campesinos

²¹ Ver ROMERO, José Luis. *Las Ideas Políticas en Argentina*. Fondo de Cultura económica. Buenos Aires, 1975.

e inmigrantes que hasta entonces se habían mantenido alejadas de los actos eleccionarios.

Con la vigencia de la nueva ley electoral, en 1916 triunfó en las elecciones presidenciales el partido de la Unión Cívica Radical, y con él llegó Hipólito Yrigoyen a la primera magistratura de la República.²²

Yrigoyen va a ocupar su cargo hasta 1922, siendo su sucesor Marcelo T. de Alvear, quien permanecerá hasta 1928, año en que el viejo caudillo radical vuelve a ocupar el sillón de Rivadavia.

En su segunda presidencia el gobierno de Yrigoyen se mostró inactivo y debilitado ante la grave crisis reinante, situación que motivó un fuerte sentimiento de resistencia y conspiración. Así las cosas, el 6 de septiembre de 1930, el General José Félix Uriburu encabezó el lamentable golpe militar que destituyó al gobierno radical.

Entre tanto, los núcleos conservadores de todo el país se agruparon en un nuevo partido que llamaron “Demócrata Nacional”, proclamando para las próximas elecciones presidenciales al General Agustín P. Justo acompañado del Dr. Julio A. Roca (h). Estos lograron imponerse a la fórmula opositora De la Torre-Repetto. El General Justo asumió como nuevo presidente constitucional el 20 de febrero de 1932 completando su mandato en 1938.

Al mismo tiempo, en la Provincia de Buenos Aires asumía en 1932 como nuevo gobernador el hacendado Federico Martínez de Hoz, acompañado de Raúl Díaz como vicegobernador, ambos mandatarios de neta extracción conservadora.

Será el propio Martínez de Hoz quien en un mensaje oficial va a ratificar la propuesta de llevar adelante una reforma constitucional.²³ En consecuencia, la Honorable Legislatura sancionó

²² La fórmula radical obtendrá el 45,57 % de los votos. Ver DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Breve historia electoral argentina (1810-2007)*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009, p. 68.

²³ Mensaje del 18 de febrero de 1932. Ver en Antecedentes y Debates sobre la reforma de la constitución de la provincia de Buenos Aires y ley 4219. Taller de Impresiones Oficiales, La Plata 1936. Tomo I, p. 110.

la ley 4209 mediante la cual se declaraba la necesidad de la reforma constitucional.²⁴ Luego de ello, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la Constitución de 1889 entonces vigente, se debía someter a la aprobación del electorado la posibilidad de modificar la Carta provincial.

El resultado del plebiscito llevado a cabo el 25 de marzo de 1934 fue favorable a la reforma, por lo tanto la Legislatura debió convocar a una convención constituyente para llevar adelante la obra propuesta.²⁵ En ese año de 1934 se procedió a elegir los constituyentes que integrarían la Convención. Cabe aclarar que los radicales adoptaron una política de abstención, manteniéndose ajenos a la elección de los convencionales y al proceso de reforma constitucional. De esta forma triunfó holgadamente el Partido Demócrata Nacional.

Así fue como los conservadores tuvieron amplia mayoría en el seno de la Convención. Los radicales no participaron de la misma y los socialistas apenas ocuparon unas pocas bancas. Como sugiere el Dr. BARBA, existió una generalizada coincidencia en la prensa de la época en la falta de oportunidad de la reforma más allá de las bondades de algunas de las propuestas. Ello fue así debido a la falta de representación de un importante sector del electorado .

Reunida la Convención Constituyente en la ciudad de La Plata, comenzó formalmente sus deliberaciones, las que traerían

²⁴ El proyecto de ley que declaraba la necesidad de la reforma fue presentado por los senadores Salas Chaves; Obrigón; Medús; Fernández y Roncoroni en la sesión del 28 de octubre de 1932. Recuérdese que el artículo 216 de la entonces constitución vigente requería que la propuesta de reforma fuera firmada por diez diputados o cinco senadores. (se puede ampliar en BARBA, Fernando E y Massey de Ferré, María Elena, *La Provincia de Buenos Aires 1910-1987*, Departamento de Impresiones de la Dirección de Servicios Generales del Ministerio de Economía de la provincia de Buenos Aires. La Plata, 1987.

²⁵ La legislatura provincial sancionó el 6 de julio de 1934 la ley 4219. Dicha norma reglamentaba la elecciones de convencionales y la organización de los comicios, los que se deberían realizar el 19 de agosto siguiente. Se podrá ampliar en Antecedentes y Debates sobre la reforma de la constitución de la provincia de Buenos Aires y ley 4219. Taller de Impresiones Oficiales, La Plata 1936. Tomo I, P. 451.

como resultado el nuevo texto constitucional de la provincia de Buenos Aires de 1934 .

La carta provincial reformada constaba de un Preámbulo y 206 artículos divididos en 9 secciones: Sec I: Declaraciones, Derechos y Garantías; Sec. II: Régimen Electoral; Sec. III: Poder Legislativo; Sec. IV: Poder Ejecutivo; Sec. V: Poder Judicial; Sec. VI: Del Régimen Municipal; Sec. VII: Educación e Instrucción Pública; Sec. VIII: De la reforma de la Constitución; Sec. IX: Disposiciones Transitorias .

Como datos relevantes en el nuevo texto constitucional de 1934 se puede mencionar: el otorgamiento de mayores garantías en la figura del “habeas corpus”; la posibilidad que la legislatura provincial acuerde “...el sufragio a la mujer argentina por dos tercios de votos de los miembros de cada cámara”; se procedió a crear la “Junta Electoral” con carácter permanente “...integrada por los presidentes de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de tres Cámaras de Apelación del Departamento Capital, que funcionará en el local de la legislatura, bajo la presidencia del primero”.

Por otro lado, se estableció la elección del Gobernador y Vicegobernador en forma directa por el pueblo de la Provincia; se consagró la creación del “Tribunal de Cuentas”, reglamentándose su composición y atribuciones; dentro del Régimen Municipal se dispuso que los conflictos internos de las municipalidades (entre los departamentos ejecutivo y deliberativo o en el seno de éste último), o los que se susciten entre los distintos municipios entre sí o con otras autoridades de la provincia, serían dirimidos únicamente por la Suprema Corte de Justicia provincial; en la sección referida al Poder Judicial, se elimina el capítulo correspondiente a los “tribunales militares”, y por último, se volvió a la doble vía para reformar la constitución: por enmienda o a través de una “convención reformadora”.

VIII. Constitución de 1949

El 4 de julio de 1946 asumía el cargo de presidente de la Nación Argentina el General Juan Domingo Perón.

Como es sabido, la Constitución Nacional fue objeto de una amplia e integral reforma en el año 1949 durante la primera presidencia de Perón. La misma significó, de alguna manera, el reflejo del momento histórico que se estaba atravesando, toda vez que incorporó a su contenido la nueva temática del predominio de los derechos sociales. Como lo señalara SAMPAY en su informe como convencional constituyente “La necesidad de una renovación constitucional en sentido social es el reflejo de la angustiosa ansia contemporánea por una sociedad en la que la dignidad del hombre sea defendida en forma completa... El alma de la concepción política que informa la reforma constitucional en su parte programática, vale decir, los fines que el Estado persigue para garantizar a todos una existencia digna del hombre”.²⁶

Por cierto, Arturo Enrique SAMPAY fue el pilar doctrinario de la reforma constitucional de 1949, la que vino a reemplazar el trasfondo individualista liberal del texto de 1853/60 por una concepción social y humanista.

Ahora resta analizar de qué forma esta modificación integral de la Carta Magna argentina incidió en las constituciones provinciales y especialmente en la Provincia de Buenos Aires.

La cláusula 5ta. de las disposiciones transitorias de la nueva Constitución Nacional autorizaba por única vez a las legislaturas provinciales a reformar totalmente sus respectivas constituciones. Esto fue así con el propósito de adaptarlas a los principios, declaraciones y garantías consagrados en la Constitución Federal. Para tales efectos las legislaturas se constituirían en Asambleas Constituyentes. El plazo fijado para llevar adelante las reformas se estableció en 90 días. En consecuencia, y dando

²⁶ Informe de Arturo Sampay para reforma constitucional 1949, documento que forma parte de la colección «Archivo histórico» de educ.ar.

cumplimiento a la cláusula mencionada, la Provincia de Buenos Aires, se aprestó a reformar su propia Ley Fundamental.

Entre tanto, había resultado electo como gobernador de la provincia el Coronel Domingo Alfredo Mercante (1946-1952). Según nos comenta CHIARENZA, “la obra de gobierno de Mercante, dicho objetivamente, tal vez haya sido la más prolífica en la historia de la provincia: se levantaron barrios enteros de viviendas obreras, nuevas centrales eléctricas en ciudades del interior bonaerense, inmejorable provisión de agua a La Plata, amén de otros adelantos”.²⁷

Conforme con lo dispuesto en la cláusula 5° de las Disposiciones Transitorias de la Constitución Nacional de 1949, el referido mandatario convocó a la Honorable Legislatura mediante decreto del Poder Ejecutivo con el propósito de adecuar la Constitución provincial a la nueva ley fundamental de la Nación. A los fines indicados, el vicegobernador y presidente del Senado, Don Justo R. Mouzo, resolvió citar a los miembros de ambas cámaras legislativas. Pero al igual que lo ocurrido en la reforma constitucional de 1934, la oposición se abstuvo de participar en el proceso de modificación a la carta provincial.²⁸

Es así que el 24 de marzo de 1949 quedó finalizada la obra, consagrándose de ésta forma, la nueva y efímera Constitución para la provincia de Buenos Aires.²⁹

El nuevo texto constitucional constaba de un Preámbulo y 168 artículos divididos en 5 partes: Parte I: Principios Generales; Parte II: Régimen Electoral; Parte III: Organización de

²⁷ CHIARENZA, Daniel Alberto, *Historia General de la Provincia de Buenos Aires. Aspectos políticos, económicos, sociales y culturales*. Ediciones pre-escolar S.A., Bs.As. Tomo II, p. 82.

²⁸ De un total de 126 miembros, 77 prestan juramento, los restantes 49 no lo hacen. Los representantes del radicalismo resolvieron no participaren las deliberaciones en que se discutía la reforma constitucional. BARBA, ob. cit.

²⁹ Se puede acceder al texto completo de la constitución provincial de 1949 en Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Antecedentes y Debates 1852-1987. Secretaría Legislativa. H. Senado de la provincia de Buenos Aires. La Plata, 1988. Tomo IV, Volumen I. P. 70

los Poderes; Parte IV: Del Régimen Municipal; Parte V: De la Reforma de la Constitución.

Como ocurriera con la Constitución Nacional, fueron plasmados una serie de derechos sociales como ser: Derechos de la Familia; Derechos del trabajador (a trabajar, a una retribución justa, a la capacitación, a condiciones dignas de trabajo, a la preservación de la salud, al bienestar, a la seguridad social, a la protección de su familia, al mejoramiento económico y a la defensa de los intereses profesionales); Derechos de la Ancianidad (a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física y moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad y al respeto). Entre otras disposiciones se estableció que “la propiedad privada tiene una función social, y en consecuencia, está sometida a las obligaciones que la ley establezca con fines de bien común”.

Su parte orgánica, en líneas generales respetó las disposiciones contenidas en la Constitución anterior. Debemos resaltar que, de acuerdo al artículo 93 de la Carta Bonaerense de 1949,³⁰ les estaba vedada la reelección inmediata al gobernador y vicegobernador. En este tema claramente la provincia se apartó de lo dispuesto por la Constitución Nacional que permitió la reelección de Perón en la presidencia de la República.

Como sabemos, el 16 de septiembre de 1955 fue derrocado el gobierno constitucional de Juan Domingo Perón por la autodenominada “revolución libertadora”. El nuevo gobierno de facto decretó, mediante proclama del 27 de abril de 1956, la derogación de la constitución peronista, al tiempo que se declaraban vigentes las constituciones anteriores al régimen depuesto. Consecuentemente durante la gestión del interventor federal de la provincia Bonaccarrere se proclamó la vigencia de la constitución bonaerense de 1934.

³⁰ Ver en MORENO, Guillermo Raúl, *Textos completos de la Constitución Nacional y de la Provincia de Buenos Aires de 1949*, Eulp, La Plata, 2005.

Por último, antes de pasar al análisis del actual texto constitucional reformado en 1994, debemos hacer mención al intento fallido de reforma a la Carta provincial durante la gestión del entonces gobernador Antonio Cafiero. Cabe destacar que esa fue la única oportunidad en que fue utilizado el procedimiento de reforma por la Legislatura y posterior “plebiscito” popular. Consultado el pueblo de la Provincia acerca de opinión referida a la modificación de la Ley Fundamental, éste, mediante el plebiscito del 5 de agosto de 1990, se pronunció mayoritariamente en contra de las enmiendas.³¹

IX. Constitución de 1994

Luego de sesenta años de vigencia, la carta provincial de 1934 volvió a ser reformada, esta vez bajo el influjo impuesto por la reforma de la Constitución Nacional.³²

Con la vuelta a la democracia en 1983 comenzó a definirse un proceso reformista en donde varias de las provincias argentinas se inclinaron por modificar sus leyes fundamentales. Al mismo tiempo, cabe destacar la necesidad cierta que existió de actualizar su texto a las nuevas realidades que se estaban viviendo.

Toda esta situación, sumada a la firme vocación reeleccionista imperante en todo el país, llevó a que la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionara a fines del año 1993 la ley 11488, por medio de la cual, se declaraba la necesidad de la reforma parcial de su Constitución a través de una convención constituyente. De acuerdo a su artículo 4, la

³¹ Ver Cueli, Hugo Oscar, *Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Anotada y comentada*. La Ley. Buenos Aires, 1997, p. 47.

³² Como señala Ziulu, “...la Constitución de 1934 había nacido de espaldas al pueblo, su estructura endeble para su época y fundamentalmente su carencia de legitimidad, hacían presagiar una vida tormentosa y corta. Pese a ello, perduró más de 60 años”. ZIULU, Adolfo Gabino, *Algunas consideraciones acerca de la reforma a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires con especial referencia al Poder judicial*. Revista Jurídica de doctrina. Colegio de Abogados de Quilmes. Año 2.nro.2 Nov. De 1997. P. 16.

Convención Reformadora debía considerar los “siguientes temas para ser incorporados a la Constitución de Buenos Aires: 1) Establecimiento de garantías sobre no discriminación. 2) Consagración expresa del amparo. 3) Reconocimiento de nuevos derechos para los habitantes de la Provincia. 4) Protección del medio ambiente. 5) Formas de democracia semi-directa. 6) Defensa del Orden Constitucional. 7) Exigencias de mayorías calificadas para la sanción de las leyes que versen sobre: Régimen Electoral, Régimen Municipal y modificación del número de Jueces de la Suprema Corte de Justicia”.³³

Cabe destacar que el proceso de reforma de la constitución de la provincia de Buenos Aires fue lento y por momentos conflictivo. El mismo funcionamiento de la convención constituyente reunida en la ciudad de La Plata en 1994 derivó en tensas relaciones que llevaron a un grupo de convencionales a efectuar presentaciones judiciales. Más tarde será la propia Convención reformadora la que planteará un conflicto de poderes ante la Suprema Corte de Justicia provincial.

En cumplimiento de disposiciones contenidas en la norma citada, mediante decreto del Poder Ejecutivo se convocó a elecciones para elegir diputados convencionales, los que fueron elegidos simultáneamente con los convencionales nacionales en el acto comicial del 10 de abril de 1994.

Sin entrar en el análisis detallado se puede afirmar que la reforma de 1994 vino a otorgar respuesta a nuevos requerimientos de nuestro tiempo, dotando a la Provincia de un texto constitucional actualizado y moderno.³⁴ En tal sentido:

- Se decidió otorgar protección al orden constitucional y democrático;

³³ Publicación :DEL 17 AL 21/1/94 BO N° 22586

³⁴ También se puede acceder a una síntesis de las reformas incluidas en el texto constitucional de 1994 en BOTASSI, Carlos, *Breve historia del derecho público bonaerense*, Publicado en: UNLP 2009-2010, 01/11/2010, 63.

- Se establecieron nuevos derechos y garantías: Prohibición de todo tipo de discriminación; Reconocimiento de la igualdad de oportunidades; Derecho a la vida desde la concepción; Derecho a conocer la identidad de origen; a la dignidad; al honor; a la integridad física, psíquica y moral; a la información y a la comunicación; a la inviolabilidad de los documentos privados; a la gratuidad de los trámites judiciales; a la interposición del “Habeas Corpus” en caso de agravamiento arbitrario de las condiciones de detención o a la desaparición forzada de personas; a la acción de amparo por actos u omisiones de autoridad pública o privada en protección de derechos individuales o colectivos; a la acción de “Habeas Data” para acceder a la información referida al peticionante contenida en archivos o bancos de datos.

- Se reconocieron nuevos derechos sociales: a la vivienda única; a la salud; a que toda persona discapacitada tenga una protección integral por parte del Estado; a recibir las utilidades producidas en los juegos de azar;

- Se establecieron derechos laborales: al trabajo; de asociación sindical; a la seguridad social; a una retribución justa; a una jornada limitada, al descanso semanal; a igual remuneración por igual tarea; al salario mínimo vital y móvil, al fuero sindical;

- Se consagraron derechos: de la Familia (procurando el Estado a su fortalecimiento y protección moral y material); de la Niñez; de la juventud; de la mujer; de la discapacidad; de la tercera edad; de los indígenas (garantizando el respeto a sus identidades étnicas y al desarrollo de sus culturas); de los consumidores y usuarios.

- El Estado provincial luego de la reforma: Reconoce y protege a las entidades intermedias y a los colegios profesionales; contribuye al sostenimiento de los partidos políticos; fomenta la investigación científica; preserva, enriquece y difunde el patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico; reconoce a la educación como una responsabilidad indelegable; se compromete a preservar y conservar los recursos naturales.

- En relación al funcionamiento de sus instituciones: Se amplían las sesiones ordinarias de la legislatura; se admite la reelección del gobernador y Vice; se crea el fuero contencioso administrativo y la Policía Judicial; se modifica la forma de designación y remoción de los jueces de paz; se crea el Consejo de la Magistratura, la figura del Subprocurador, el “Defensor del Pueblo” y un “Tribunal Social de Responsabilidad Política” para examinar actos de corrupción.

Derechos de los robots¹

Robots Law

Direitos dos robôs

Droits des robots

机器人的权利

*Alfonso Celotto*² | Università degli studi Roma Tre

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 119-133

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e271>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0733-2334>

Recibido: 18/05/2019

Aprobado: 28/05/2019

Resumen: Durante décadas, hemos estado usando, teniendo, administrando refrigeradores, automóviles y teléfonos móviles. En suma, máquinas. Sin embargo, nadie ha pensado, hasta ahora, que tales máquinas podrían ser titulares de derechos. Las máquinas hasta ahora han sido “objetos” de derechos (propiedad, posesión, responsabilidad) y ciertamente no “sujetos”. ¿Cómo es esto?

Por la sencilla razón de que solo recientemente estas máquinas han comenzado a tener formas propias de inteligencia artificial que empiezan a hacer dudar de que puedan asumir una cierta autonomía decisional. ¿Entonces estas máquinas pueden ser titulares de situaciones jurídicas propias?

¹ Traducción del italiano al español realizada por Vannesa A. Pérez Rosales, quien es Juez Administrativo de Medellín (Colombia) y estudiante de doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. La traductora agradece al Profesor Raúl Gustavo Ferreyra por sus invaluable aportes para la buena finalización de este trabajo.

² Alfonso Celotto es Doctor en derecho constitucional y derecho público general de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma La Sapienza, profesor Ordinario de derecho constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma Tres y profesor invitado de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad de Varsovia y de la Universidad McGill de Montreal.

Los robots de hace cien años no eran más que un invento literario de Karel Capek. Un invento fascinante para el desarrollo inmediato que los robots han tenido en la literatura de ciencia ficción de los siguientes años. Hasta el punto que un visionario como Asimov consiguiera establecer las leyes de la robótica. Era 1942. Pero hoy estamos realmente a punto de tener que escribir estas leyes. No solo porque están cambiando profundamente los derechos de las personas humanas, sino también porque están empezando a configurarse derechos propios de las máquinas.

Palabras claves: inteligencia artificial, robots, derechos.

Abstract: For decades, we have been using, managing refrigerators, automobiles and mobile phones. In short, machines. However, no one has thought, until now, that such machines could be rights holders. Machines so far have been "objects" of rights (ownership, possession, responsibility) and certainly not "subjects" of right. How is this?

For the simple reason that only recently these machines have begun to have their own forms of artificial intelligence that begin to make it doubtful that they can assume a certain decision-making autonomy. Can be these machines the holders of their own legal situations? The robots of a hundred years ago were nothing more than a literary invention of Karel Capek. A fascinating invention for the immediate development that robots have had in the science fiction literature of the following years. To the extent that a visionary like Asimov managed to establish the laws of robotics. It was 1942. But today we are really about to have to write these laws. Not only because the rights of human beings are profoundly changing, but also because the rights of machines are beginning to take shape.

Keywords: artificial intelligence, robots, rights.

Resumo: Durante décadas, temos estado usando, tendo, administrando refrigeradores, carros e telefones celulares. Em suma, máquinas. No entanto, ninguém pensou, até agora, que essas máquinas poderiam ser titulares de direitos. As máquinas até agora têm sido "objetos" de direitos (propriedade, posse, responsabilidade) e certamente não "sujeitos". Como é isso?

Pela simples razão de que só recentemente essas máquinas começaram a ter formas próprias de inteligência artificial que começam a fazer duvidar de que podem assumir certa autonomia de decisão. Então, essas

máquinas podem ser titulares de situações legais próprias? Os robôs de cem anos atrás não eram mais que uma invenção literária de Karel Capek. Uma invenção fascinante para o desenvolvimento imediato que os robôs tiveram na literatura de ficção científica dos anos seguintes. A tal ponto que um visionário como Asimov conseguiu estabelecer as leis da robótica. Era 1942. Mas hoje estamos realmente a ponto de ter que escrever essas leis. Não só porque estão mudando profundamente os direitos das pessoas humanas, mas também porque estão começando a configurar-se direitos próprios das máquinas.

Palavras-chave: inteligência artificial, robôs, direitos.

Résumé: Pendant des décennies, nous avons utilisé, possédé et géré réfrigérateurs, voitures et téléphones portables. En bref, des machines. Cependant, personne n'a pensé jusqu'à présent que de telles machines pourraient bénéficier de droits. Les machines étaient jusqu'à présent des "objets" de droits (propriété, possession, responsabilité) et certainement pas des "sujets". Et pourquoi donc? Pour la simple raison que ce n'est que récemment que ces machines ont commencé à être dotées d'une forme propre d'intelligence artificielle; il pourrait en découler qu'elles puissent assumer une certaine autonomie décisionnelle. Donc, ces machines peuvent-elles être titulaires de situations juridiques propres? Les robots d'il y a cent ans n'étaient rien de plus qu'une invention littéraire de Karel Capek. Une invention fascinante vu le développement immédiat que les robots ont eu dans la littérature de science-fiction des années suivantes. Au point qu'un visionnaire comme Asimov a réussi à établir les lois de la robotique. C'était en 1942. Mais aujourd'hui, nous sommes vraiment sur le point de devoir écrire ces lois. Non seulement parce les droits des personnes humaines connaissent un profond changement, mais aussi parce que les machines commencent à bénéficier de droits propres.

Mot-clés: intelligence artificielle, robots, droits.

Sommario: Da decine di anni ciascuno di noi utilizza, possiede, gestisce frigoriferi, automobili, telefonini. In pratica, macchine. Eppure nessuno ha mai pensato, fino ad ora, che tali macchine potessero essere titolari di diritti.

Le macchine fino ad oggi sono state "oggetti" di diritti (proprietà, possesso, responsabilità) e non certo "soggetti". Come mai?

Per la semplice ragione che soltanto di recente queste macchine hanno cominciato ad avere forme proprie di intelligenza artificiale che iniziano a far dubitare che possano assumere una certa autonomia decisionale.

Allora queste macchine possono essere titolari di situazioni giuridiche proprie?

I robot cent'anni fa altro non erano che una invenzione letteraria di Karel Capek. Una invenzione affascinante per l'immediato sviluppo che i robot hanno avuto nella letteratura fantascientifica degli anni successivi.

Al punto da far arrivare un visionario come Asimov a stabilire le leggi della robotica. Era il 1942. Ma oggi siamo davvero al punto di doverle scrivere queste leggi. Non solo perché si stanno modificando profondamente i diritti delle persone umane, ma anche perché stanno iniziando a configurarsi diritti propri delle macchine.

Parole chiave: intelligenza artificiale, robot, diritti.

摘要:几十年来,我们一直在使用,管理冰箱,汽车和手机。简而言之,机器。然而,直到现在,没有人想到这样的机器可能是权利的拥有者。一百年前的机器人只不过是KarelCapek的文学发明。这是机器人在接下来几年的科幻文学中所具有的直接发展的一项引人入胜的发明。

至于像阿西莫夫这样的有远见的人设法建立了机器人法则。这是1942年。但今天我们真的要写这些法律。这不仅是因为他们正在深刻改变人类的权利,而且因为他们开始配置自己的机器权利。

关键字: 人工智能, 机器人, 权利

1. El reconocimiento

¿Los robots deben tener sus propias leyes? El desarrollo de la tecnología está haciendo realidad la «predicción» hecha por Asimov en 1942: debemos establecer reglas para los robots, identificando también formas de capacidad jurídica, como si fueran auténticos sujetos de derechos³.

³ Todos deben recordar la formulación de Asimov en sus relatos sobre las tres leyes de la robótica, a las cuales luego se sumará la *ley cero*.

Tradicionalmente, la regulación jurídica ha considerado a las máquinas solamente como “objeto” de derechos. En el sentido en que las leyes y reglamentos han regulado la propiedad, posesión, responsabilidad y traspaso de las máquinas usadas como herramientas.

Hoy, las máquinas se han vuelto cada vez más avanzadas. La disponibilidad de cantidades enormes de datos y de ordenadores cada vez más veloces ha llevado al desarrollo de máquinas dotadas de una nueva forma de inteligencia, no humana. Es decir, dotadas de algoritmos de “inteligencia artificial”, que permiten el procesamiento de datos y un autoaprendizaje de alguna manera autónomos.

Así, los ordenamientos jurídicos se empiezan a plantear el problema de evaluar si las máquinas ya no pueden ser solo objetos, sino también sujetos de derechos. Quizás en la *summa divisio* de Aristóteles que distinguía los instrumentos a disposición del hombre para administrar su patrimonio en “instrumentos inanimados” e “instrumentos animados”, pero ya los robots ya no pueden ser más clasificados simplemente entre los primeros.

Porqué?

Tomemos el caso de los vehículos autónomos.

En principio, los vehículos autónomos contradicen de manera flagrante todas las normas de tránsito vigentes, fundadas en el principio según el cual “Todo vehículo en movimiento o todo conjunto de vehículos en movimiento deberá tener un conductor.” (art. 8 de la Convención de Viena sobre la Circulación Vial de 8 de noviembre de 1968). Pero el problema ciertamente no es este. En cuanto bastaría una redefinición de la categoría

“A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm.

A robot must obey any orders given to it by human beings, except where such orders would conflict with the First Law.

A robot must protect its own existence as long as such protection does not conflict with the First or Second Law”

de vehículo. El problema es, sobretudo, la responsabilidad que los vehículos autónomos pueden generar. Tradicionalmente pensamos que un accidente de un vehículo autónomo puede ser regulado con las categorías clásicas de la responsabilidad. ¿Responsabilidad de quién? Ciertamente no del conductor que no existe. ¿Empero del propietario, del usuario, del fabricante o del programador?

Entonces quizá sea más simple pensar en un sistema de aseguramiento obligatorio. A cargo del propietario, del usuario, del fabricante o del programador. Como de hecho ha sido regulado ahora, por ejemplo en Alemania⁴. Pero pensamos que, en algún momento del desarrollo, estos vehículos serán cada vez más autónomos respecto al propietario (si todavía habrá uno), al usuario (podrán ser múltiples), al fabricante (¿responde también por los daños debidos a la circulación?) o al programador (probablemente no humano). Será cada vez más complejo determinar a cuál sujeto le incumbe la responsabilidad del resarcimiento o exigir de tal sujeto la reparación de los daños causados.

Por tanto, llegará a ser complicado utilizar las categorías clásicas del derecho y será más fácil pensar que la póliza del seguro se ponga a nombre... del mismo vehículo. Para entonces, el vehículo tendría su propia subjetividad jurídica. Por tanto, el vehículo autónomo podría, es más debería, tener también una cuenta corriente bancaria para pagar la póliza, recibir sus propias ganancias del servicio y hacer sus propias inversiones de capital⁵. Una vez reconocidos el derecho de propiedad y la relativa administración autónoma del patrimonio a las máquinas,

⁴ En la primavera de 2017, la ley alemana sobre vehículos autónomos, que en todo caso aplica una regulación de tipo tradicional, pues exige que cuenten con un conductor con licencia que pueda tomar el control del vehículo, en caso de necesidad. Lo mismo ocurre en la regulación experimental de algunos Estados de E.E.U.U (California, Florida, Nevada). Elementos en: Palmerini, voz Robótica (parte jurídica), en: *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, X, Nápoles, 2016, 1104.

⁵ Cfr. Tegmark, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milán, 2018, 147 s. (N.T. Versión en español: *Vida 3.0. Qué significa ser humano en la era de la inteligencia artificial*, Taurus, 2018).

le seguirían una serie de corolarios jurídicos (libertad personal, de circulación, derechos políticos legales a la pertenencia a la comunidad), y en últimas, el deber de pagar los impuestos, en una suerte de robotax⁶, que configuraría una posición de imputabilidad autónoma, análoga del todo a la de una persona.

Aquí un robot tendría su subjetividad jurídica. Autónoma. Aunque con todas las dudas y las perplejidades del caso.

Antes de intentar afrontar el complejo problema, hace falta una precisión terminológica. Debo aclarar que hablaremos de “robots”, también podríamos hablar de autómatas, humanoides o androides o más simplemente máquinas (pudiendo en este punto sostener que son en esencia todos sinónimos). Usamos “robots” recordando que la primera utilización del término data (solo) de 1920, en la obra del escritor checo Karel Capek, derivada de la palabra “robota” que significa “trabajo pesado”, aunque podemos rastrear los primeros intentos de imaginar la figura de un robot a muchos siglos antes de Cristo, hasta llegar a Leonardo Da Vinci y a Frankenstein.

De algún modo, no es fácil para el derecho definir qué es un “robot”, en cuanto implica nociones de electrónica, mecánica e informática, no siempre simples⁷. Como quiera que, a nivel técnico para tener “robot” se requiere –básicamente- la concurrencia de dos elementos: movilidad y programabilidad, es decir, las máquinas deben ser capaces de moverse sobre la base de la programación autónoma. Tales características hacen autónomo al robot y reducen, hasta anular, los límites de la imputabilidad de los eventos a un posible operador humano.

⁶ Entre los primeros que ha hablado de esto Floridi, L. *Robots, Jobs, Taxes, and Responsibilities. Philosophy & Technology*, 30(1), 2017, <https://doi.org/10.1007/S13347-017-0257-3>. En Italia, en este sentido se ha presentado en la XVII legislatura por el Excmo. Pastorelli, el PDL: Desgravaciones fiscales por el uso de sistemas de inteligencia artificial en la producción de bienes (Ley No. 4621 de 25 de septiembre de 2017).

⁷ Para un intento de definición, cfr. Palmerini, voce Robotica (parte giuridica), cit., 1100 s. Sobre la falta de una terminología precisa también: Bassini - Liguori - Pollicino, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, en Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Turín, 2018, 335.

2. La focalización

Dadas estas premisas, el primer problema jurídico a afrontar para comprender si los robots pueden ser sujetos de derechos es la titularidad jurídica para establecer “quien” puede ser titular de derechos.

Los derechos, como cualquier otra posición jurídica subjetiva, son atribuidos por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, los derechos (subjetivos) son atribuidos por el derecho (objetivo). Con una precisión importante. El derecho objetivo puede atribuir derechos también a las personas no humanas, como ocurre con las personas jurídicas y, en algunas jurisdicciones, con los animales.

En los Estados contemporáneos, los titulares de derechos son, en general, los ciudadanos identificados por ordenamientos individuales, con precisiones y limitaciones para los extranjeros y también para algunas categorías de ciudadanos (como en el siglo XX la segregación racial en EEUU, el apartheid en Sudáfrica, la cuestión aborigen en Australia). Partiendo de esta base, entonces las normas individuales adscriben el reconocimiento de derechos a las categorías de posibles titulares. Así en nuestro ordenamiento, son titulares de derechos también:

- los extranjeros y los apátridas (sent. No. 245/2011 de la Corte Constitucional);
- los ciudadanos de la Unión europea (Art. 20 Tratado de funcionamiento de la Unión Europea –TFUE);
- las personas no nacidas como el embrión y el concebido (art. 462 C.C.).
- las personas que ya no son capaces de entender o de querer, muy relevante para el problema del tratamiento de poner fin a la vida (piense en los casos de Englaro y Welby).
- las personas en estado de “sujeción especial” (como los detenidos).
- las personas jurídicas (salvo que por los derechos consustanciales a la corporalidad humana);

– grupos y asociaciones (p.e. la protección del medio ambiente: cfr. Arts. 309 y 301 D.L. 152/2006).

– los animales (art. 13 TFUE).

Desde el punto de vista jurídico, nada obsta para que una forma de personalidad jurídica pueda ser reconocida también a sujetos o humanos, como pueden ser robots y máquinas. Después de todo, basta una línea de la ley para adscribir situaciones jurídicas subjetivas a las máquinas, pero cuando la cuestión es rica también en implicaciones filosóficas.

Vehículos autónomos, drones, sistemas de cirugía robótica, robots domésticos. Y también asistentes personales virtuales (que nos aconsejarán no solo el restaurante o el gimnasio, sino también la chica con quien salir, el trabajo a escoger y cómo votar en las elecciones), requerirán siempre de regulaciones más específicas y adecuadas.

Hasta ahora, de forma más tradicional y tranquilizadora, el derecho se ha limitado a regular los robots como “instrumentos”, usando las categorías tradicionales de imputación de actos, omisiones y responsabilidades: quien quiera que sea fabricante, propietario, poseedor o usuario de un robot responde por sus actuaciones. Tomemos, por ejemplo, las Directivas UE 2001/95 y 2006/42 sobre la seguridad de los productos y las normativas sobre derechos y garantías del consumidor.

Pero ahora todo esto parece no ser suficiente.

Al día de hoy, la tentativa más avanzada de regular de forma orgánica el fenómeno “robot”, está representado por la Resolución del Parlamento europeo de 16 de febrero de 2017 “con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica” (2015/2103 (INL)), que pretende regular de modo uniforme para los Estados europeos, los aspectos civiles de la robótica, a partir de los aspectos de la responsabilidad.

Partiendo de los avances y la cada vez mayor autonomía de los robots (Considerandos Z, AA, AB), la resolución considera que “las normas tradicionales no bastarán para generar

responsabilidad jurídica por los daños ocasionados por el robot, ya que no permitirían determinar la parte que ha de hacerse cargo de la indemnización, ni exigir a dicha parte que repare el daño ocasionado” (Considerando AF).

He aquí la cuestión. La Resolución comprende que estamos avanzando hacia un modelo en el que será cada vez más difícil vincular la actividad de las máquinas con la de un solo responsable humano. Por tanto, hay que identificar una imputabilidad autónoma.

A nivel de regulación, la Resolución propone una serie de principios éticos, para asegurar que el desarrollo y la utilización de los robots suceda en condiciones de preservar la dignidad, la autonomía y la autodeterminación de los individuos y de garantizar la protección de la privacidad y que se preste atención “al posible desarrollo de un vínculo emocional entre seres humanos y robots, especialmente en el caso de grupos vulnerable (niños, ancianos, discapacitados), para mitigar los impactos emotivos y físicos”. (punto 3).

Así, invita a afrontar la cuestión de los robots, antes que todo, desde el punto de vista de la responsabilidad, creando un sistema de registro de los robots, un aseguramiento obligatorio y un fondo de garantía para los daños causados por los robots no asegurados (puntos 53 y 54⁸)⁹.

Hasta aquí nos encontramos aún en la aplicación de las categorías tradicionales.

Pero, también pide al final (que se consideren soluciones como) “crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que, como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan

⁸ N. de T. En la versión oficial de la Resolución en español, corresponde a los puntos 57 y 58.

⁹ Bassini - Liguori - Pollicino, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability*, cit., 345 s.

causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente” (punto 59, literal f).

Entonces, ¿estamos preparados para crear una subjetividad electrónica?

Mucho más cauto a este respecto es el Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea (CESE, INT/086 de 31 de mayo de 2017), que se opone a atribuirle personalidad jurídica a los robots, en cuanto, “conllevaría a un riesgo moral inaceptable”¹⁰.

Volviendo a la Resolución, el Parlamento europeo también propone una Carta sobre Robótica, con una serie de principios éticos y deontológicos, dirigida ante todo a los investigadores, con el fin de garantizar una serie de principios fundamentales, que recuerdan mucho las leyes de Asimov: beneficencia, no perjuicio o maleficencia, autonomía, justicia¹¹.

En suma, se trata, evidentemente, de una disciplina aún incierta, que busca sobre todo adaptar las categorías tradicionales al desarrollo de la robótica, pero con la plena conciencia de que alrededor de unas pocas décadas, los robots podrían alcanzar niveles de progreso hoy impensables (no olvidemos que hace 25 años internet no existía).

Por su parte, el Parlamento Italiano ha empezado a tomar conciencia del tema sobre todo desde el punto de vista

¹⁰ Punto 3.33. Sul dibattito cfr. Palmerini, voce Robotica (parte giuridica), cit., 1106 s.

¹¹ Específicamente se precisa:

- Beneficencia — los robots deben actuar en beneficio del hombre;
- Principio de no perjuicio o maleficencia — la doctrina de «primero, no hacer daño», en virtud del cual los robots no deberían perjudicar a las personas;
- Autonomía — la capacidad de tomar una decisión con conocimiento de causa e independiente sobre los términos de interacción con los robots;
- Justicia — la distribución justa de los beneficios asociados a la robótica y la asequebilidad de los robots utilizados en el ámbito de la asistencia sanitaria a domicilio y de los cuidados sanitarios en particular.

cognoscitivo, como emerge, por ejemplo, del debate que la primavera de 2017 ha llevado la Cámara de los Diputados al exámen de algunas mociones sobre la robótica y la inteligencia artificial¹².

III. Los aspectos problemáticos

De verdad nos encontramos frente a una gran revolución del orden social, antes incluso que normativa. Con fuertes incidencias sobre todos los modelos que conocemos.

De todos modos, hoy estamos solamente en una fase inicial y de transiciones: el desarrollo de la ciencia y de la tecnología no va a hacer más que ampliar tales problemáticas, extendiéndolas también a los aspectos de la intersección entre los derechos de las personas y los derechos de los autómatas.

A partir de los derechos de las personas. El problema del futuro de los derechos entretelado con la inteligencia artificial y el desarrollo de los robots ya había sido intuido por Bobbio, esperando «*que la historia conduzca al Reino de los derechos del hombre en vez del Reino del Gran Hermano*»¹³. Es decir, los derechos humanos deben continuar siendo la garantía de la persona humana contra toda forma de poder y, desde luego, no pueden convertirse en instrumentos al servicio del poder¹⁴. El

¹² Cfr. moción Rosato y otros n. 1-01508, así como, en los textos reformulados respectivamente, las mociones Binetti y otros n. 1-01558, Cominardi y otros n. 1-01559, Rampelli y otros n. 1-01561, Ricciatti y otros n. 1-01562, Palese y otros n. 1-01571, Allasia y otros n. 1-01607, Catalano y otros n. 1-01608, Civati y otros n. 1-01619, Baldassarre y otros n. 1-01622 y Palmieri y Occhiuto n. 1-01623 sobre robótica e inteligencia artificial.

¹³ BOBBIO, *L'età dei diritti*, Turín, 1990, 249. (N. de T. "El mundo de los hombres se dirige hacia la paz universal, como había previsto Kant, o hacia la guerra exterminadora, ¿por esto ha sido acuñada, en oposición al pacifismo, uno de los ideales del siglo que creía en el progreso, la palabra exterminismo? ¿Hacia el reino de la libertad a través de un constante y cada vez más amplio movimiento de emancipación, de los individuos, de las clases y de los pueblos, o bien hacia el reino del Gran Hermano, descrito por Orwell?" En la edición en español: *El tiempo de los derechos*, Madrid: Ed. Sistema, 1991, pp. 176-177).

¹⁴ Cfr. también CARTABIA, *In tema di "nuovi" diritti*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, Nápoles, 2011, I, 643.

riesgo es muy grande también porque todas las características de cada persona humana estarían concentradas en una serie de datos, a menudo también muy sensibles y detallados (hábitos, desplazamientos, tipologías de las personas contactadas, datos médicos y biométricos, etc), en posesión del banco de datos, sitio, proveedor: en la práctica, todo sobre cada uno de nosotros estará en nuestros datos. Datos en poder de una sociedad privada con fines comerciales. El riesgo no se protege solo con una tutela cada vez más rigurosa de la privacidad, como intenta hacer el nuevo reglamento de la UE sobre la protección de datos (679/2016), estableciendo reglas al derecho de rectificación, el derecho al olvido y el principio de cognoscibilidad y comprensibilidad del procesamiento automatizado (Cfr. Arts. 16, 17 y 22).

Hay que afrontar también el problema de la concentración de los datos, configurando –probablemente– mecanismos de separación y descentralización de los datos, para evitar que exista un solo poseedor de todos los datos de una persona y, en perspectiva, de todas las personas. Paradójicamente, avances y retrocesos históricos, el único modo para evitar el monopolio de los datos sería imponer mecanismos de descentralización, un poco como cuando para combatir el absolutismo se han impuesto las formas de división de los poderes.

Lo mismo sucederá con los datos y, por tanto, con los derechos de los robots. Podemos pensar que todos los robots estarían conectados en remoto con un solo cerebro conectado a la nube que conduciría y gestionaría todas las acciones? Parece peligroso, por varios aspectos, por tanto, también aquí se deberán adoptar protocolos de separación y descentralización.

Tenemos pues el problema de cuál sería la fuente idónea para regular tales derechos y situaciones jurídicas. ¿Quién podría hacerlo? Es dudoso pensar que pueden ser la Constitución y las leyes nacionales las que reglamenten los fenómenos que derivan del desarrollo tecnológico, como los robots¹⁵. Esta superación

¹⁵ Cfr. Bifulco, *Intelligenza artificiale, internet e ordine spontaneo*, en Pizzetti, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Turín, 2018, p. 381-ss.

de la soberanía regulatoria nacional sobre los fenómenos tecnológicos parece moverse en dos direcciones: de un lado, hacia la exigencia de parámetros constitucionales y regulatorios globales, de otro lado, con espacios cada vez mayores por las necesidades de autonomía de los propios sistemas, por lo que al legislador le será cada vez más difícil perseguir las continuas innovaciones tecnológicas. Aquí se abren los espacios hacia la teoría del orden espontáneo de Hayek, pero también con auto regulación de los mismos “gigantes” de la red, en cuanto cada vez más a menudo serán los productores individuales quienes pongan las reglas. Tendremos cada vez más normativas no “heterónomas”; en el sentido de que serán formuladas por el mismo fabricante o gestor de la nueva tecnología, como ya ocurre con las “reglas éticas” planteadas por cada una de las grandes compañías particulares¹⁶.

Después de todo, los ordenamientos estatales son normalmente misonéistas y tardígrados. Aún más en sectores de rapidísima obsolescencia como la tecnología. Casos emblemáticos pueden ser el cigarrillo electrónico, producto nuevo que ha luchado para ser referido a las categorías tradicionales, como productos para fumar o dispositivos médicos¹⁷.

En el sentido que, en nombre del principio básico tradicional “ubi societates, ibi ius”, el derecho del Estado es siempre más lento y se adapta con dificultad a las novedades. Incluso más cuando son novedades que crecen y se desarrollan siguiendo el principio de singularidad tecnológica, es decir, con una aceleración más allá de cualquier comprensible capacidad de anticipación humana.

¹⁶ Piénsese no solo en los códigos éticos ya adoptados por empresas particulares, como por ejemplo IBM y Volvo Google, sino también por los acuerdos colectivos para prohibir de manera absoluta robots asesinos.

¹⁷ O, en el pasado, la limitación de los automóviles mediante el *Locomotives Act* inglés del 1° de agosto de 1861, con límites de velocidad rigurosísimos. O el de la televisión gratuita en Italia obra del D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, que reforzó el monopolio de la RAI, imponiendo una autorización estatal para todas las formas de telecomunicaciones.

Si realmente existe este desarrollo, en el que las formas de la inteligencia artificial y, por tanto, las capacidades de los robots alcanzarán y superarán las humanas, debemos preguntarnos si para los robots serían aplicables las reglas pensadas para seres humanos, o si emergerá la exigencia de que los mismos robots definan las reglas aplicables a los robots. Respetar un principio de “auto-declaración” como forma de posible pluralismo.

¿Llegaremos a un derecho de los robots posicionado al nivel más o menos global de los mismos robots?

De cualquier modo, la regulación de los derechos de los robots implica toda una serie de preguntas, de las cuales por el momento aún no alcanzamos a ver las posibles soluciones. También si, tratándose de terrenos tan innovadores, se llegase a pensar que probablemente emergerán también cuestiones ulteriores, que hoy no alcanzamos ni siquiera a imaginar. Básicamente, se trata de una revolución histórica, un poco como cuando aparece la exigencia de regular el derecho de los mares y se pensó que era imposible hacerlo con el simple *nomos* de la tierra¹⁸, como hoy no se puede pensar en regular la red con los instrumentos legislativos tradicionales¹⁹.

De cualquier modo, parece necesaria una aproximación global e interdisciplinaria. Porque ciertamente no basta la visión limitada, para regular fenómenos del todo innovadores, de las estrechas categorías del derecho.

¹⁸ SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “jus publicum europaeum”* (1950), ed. it., Milán, 1991. (N. del T. Versión en español: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del “jus publicum europaeum”*, Granada: Ed. Comares, 2002).

¹⁹ MARONGIU, *Organizzazione e diritto di internet*, Milán, 2013; y últimamente, CAROTTI, *Il sistema di governo di internet*, Milán, 2016.

Algunas reflexiones teóricas sobre la noción jurídica de función pública

Some theoretical reflections on the legal notion of public function

Algumas reflexões teóricas sobre a noção legal de função pública

Quelques réflexions théoriques sur la notion juridique de fonction publique

关于公共职能法律概念的理论思考。

Fernando Monzón Páez¹ | Universidad de La Habana

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 134-175

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e272>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1791-7694>

Recibido: 20/04/2019

Aprobado: 15/05/2019

Resumen: La noción de *función pública* ha sido una de las más controvertidas en la dinámica evolutiva del Derecho Administrativo. Su uso polisémico, la ausencia de una concepción universalmente aceptada, su estrecha relación con la noción de funcionario público y las problemáticas derivadas de su propia organización, forman parte de un proceso inconcluso. En este artículo se reflexiona sobre estos aspectos y se propone la reconfiguración teórica de la categoría a partir de su asunción —en un sentido jurídico— como técnica *iusadministrativa* de perfiles autónomos.

Palabras claves: Derecho Público, Derecho Administrativo, *función pública*.

¹ Máster en Derecho de la Economía (Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2017). Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba. Email: fernando@lex.uh.cu

Abstract: The notion of public function has been one of the most controversial in the evolutionary dynamics of Administrative Law. Its polysemic use, the absence of a universally accepted conception, its close relation with the notion of public official and the problems derived from its own organization, form part of an unfinished process. This article reflects on these aspects and proposes the theoretical reconfiguration of the category from its assumption -in a legal sense- as an administrative technique of autonomous profiles.

Keywords: Public Law, Administrative Law, Civil Service.

Resumo: A noção de função pública tem sido uma das mais controvertidas na dinâmica evolutiva do Direito Administrativo. Seu uso polissêmico, a ausência de uma concepção universalmente aceita, sua estreita relação com a noção de funcionário público e as problemáticas derivadas de sua própria organização, formam parte de um processo inacabado. Neste artigo reflete-se sobre esses aspectos e propor-se a reconfiguração teórica da categoria a partir de sua assunção - em sentido legal - como técnica ius-administrativa de perfis autônomos.

Palavras-chave: Direito Público, Direito Administrativo, função pública.

Résumé: La notion de fonction publique a été l'une des plus controversées dans la dynamique évolutive du droit administratif. Son utilisation polysémique, l'absence d'une conception universellement acceptée, ses liens étroits avec la notion d'agent public et les problématiques découlant de sa propre organisation, font partie d'un processus inachevé. Cet article aborde ces aspects et propose une reconfiguration théorique de la catégorie à partir de son acception - au sens juridique - comme technique iusadministrative de profils autonomes.

Mot-clés: Droit public, droit administratif, fonction publique.

摘要: 公共职能的概念一直是行政法演变动态中最具争议性的概念之一。它的多义使用, 缺乏普遍接受的概念, 与公职人员概念的密切关系以及从其自身组织中产生的问题, 都是一个不确定的过程的一部分。在本文中, 我们反思这些方面并提出理论重构。

关键字: 公法, 行政法, 公共职能。

I. Ideas introductorias

La temática relativa a la *función pública* siempre resulta un tópico de extrema complejidad –en cualquiera de sus aristas–. Estas dificultades se perfilan a nivel universal –sin importar el escenario político, económico y social o la perspectiva desde la que se trate el asunto–. En lo fundamental pueden identificarse tres elementos que inciden en esta situación: a) el *factor semántico*, b) el *factor contextual* o histórico y c) el *factor teórico*.

El primero de ellos, se refiere al uso polisémico del término *función pública* que genera cierta ambigüedad por no tener un significado unívoco en el lenguaje político y jurídico. Incluso, en el discurso *iusadministrativo* puede emplearse con sentidos y alcances diferentes. Lo anterior genera ambigüedad teórico-normativa y serios problemas de interpretación.

Por su parte, el *factor contextual* es uno de los más significativos. La órbita histórica resulta ineludible pues no puede sustraerse la cuestión de la antigua y perenne problemática en torno a la organización de los medios personales al servicio del poder. Donde cada hito de la evolución del Estado, la Administración Pública y el Derecho Administrativo, se erige condicionante de las concepciones que en cuanto a la *función pública* se han tenido².

Se trata –además– de un fenómeno que se integra dentro de la singular preocupación por la eficacia y eficiencia

² Sobre la evolución histórica de la *función pública* puede profundizarse, por ejemplo, en: KAMMERER, A., *La fonction publique d'après la législation allemande*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1898, obra completa; NÉZARD, Henry, *Théorie juridique de la Fonction publique*, Editorial Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1901, obracompleta; KAFTANI, Chaterine, *La formation du concept de fonction publique en France*, L.G.D.J., Paris, 1998, obra completa; GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Volumen I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, pp. 1-59; NIETO GARCÍA, Alejandro, *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Ed. Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1986, obra completa; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, 7ma Edición, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 17-35; WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Derecho Administrativo, Introducción, Organización administrativa y empleo público*, 23ª edición, OPEN, Madrid, 2013.

de la actuación administrativa³. Este, uno de los grandes debates generados durante los siglos XX y XXI –a partir del redimensionamiento de los fines del Estado—en general— y la idoneidad de las instituciones, mecanismos, procedimientos y medios que tributan a la realización de sus cometidos –en particular— en el contexto del fenómeno de ensanchamiento de la esfera de intervención estatal.

En tanto, trascendente influencia tiene también el *factor teórico*. En este sentido, debe notarse que todo el sistema categorial en el ámbito de la *función pública* adolece de construcciones que –hasta la fecha— son inacabadas y plagadas de matices y modulaciones doctrinales⁴. Lo cual irradia –naturalmente— hacia el conglomerado de relaciones y situaciones que se dan y que pueden asimilarse de modo diverso en correspondencia con el ordenamiento jurídico de que se trate. En este sentido, destacan las imprecisiones en cuanto a las principales tipologías del personal al servicio del Estado –con énfasis en el *funcionario público*, como figura de mayor trascendencia jurídica—.

Igualmente, se develan construcciones teóricas impropias respecto del sistema de relaciones que se suscitan en el contexto de la *función pública* –de servicio, de empleo y orgánica—. Esto impide la concreta diferenciación entre ellas y desencadena pugnas innecesarias con el *Derecho del Trabajo*. Asunto que debe ser atendido y atemperado a las realidades contemporáneas por la importante influencia de la rama *ius-laboral* en el ámbito de la *función pública*. De tal magnitud,

³ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Editorial MAP, Madrid, 1995, pp. 125 y ss.

⁴ DUGUIT, León, *Traité de Droit constitutionnel*, Tome II, *La théorie générale de l'État*, 2ème édition, Ancienne LibrairieFontemoing& Cie, Éditeurs, Paris, 1928, p. 36; RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, Cultural S.A, La Habana, 1935, p. 35 y ss.; SANTI ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo*, Sexta Edición, Milán, 1958, pp. 245 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965; GARCÍA-TREVIJANOFOS, José A..., ob. cit., pp. 397 y ss.

que –en determinados países– prácticamente su noción ha sido reemplazada por la de *empleo público*.

Esta realidad tiene causa en el fenómeno de profesionalización del ejercicio de las funciones públicas en virtud del cual se redimensionó el debate sobre el vínculo entre el Estado y sus agentes. Especialmente, a partir de que aquel se focaliza como un empleador y entre este y sus servidores se materializa una relación de empleo –pudiera decirse– de matices singulares.

Todas estas problemáticas se agudizan por los movimientos sinuosos que han caracterizado la formación de los sistemas actuales de organización de la *función pública*⁵. Sin embargo un aspecto destacable es –sin dudas– que en el ese escenario controversial, ha existido como una constante, el interés por garantizar su especialidad o particularismo jurídico en pos de la salvaguarda del interés general como fin fundamental y basamento axiológico de la Administración Pública.

Tomando como referencia las ideas anteriores, el objetivo fundamental de esta presentación es ilustrar la necesidad de culminar el proceso de construcción de la noción jurídica de *función pública*. Lo cual es tarea de primer orden si se pretende propiciar cualquier reflexión y debate tendente a generar el cambio de paradigma que se requiere en cuanto a su concepción teórica y articulación práctica. De lo que al respecto se asuma, dependen las estimaciones que se realicen y las posiciones que se sostengan en cuanto al propio contenido del Derecho que la ordena y el sentido y alcance del sistema de categorías jurídicas que abarca.

Naturalmente, no es posible aquí abordar el tema en toda la dimensión que requiere y con la profundidad a la que invita –por razones de espacio y por los objetivos menos ambiciosos y

⁵ En trabajos como el de GAZIER o el de PRAT –por ejemplo– pueden encontrarse descripciones pormenorizadas –desde una perspectiva histórica y comparada– de los modelos de organización de la *función pública* y de las variantes desarrolladas en los países más importantes. GAZIER, Francois, *La fonction publique dans le monde*, Cujas, París, 1972, p. 15 y ss.; PRAT, Julio A., “De la función pública. Esquema de derecho comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho y ciencias sociales*, No. 1, año VII, enero-marzo, Montevideo, 1956, pp. 113-192.

más simples que signan este trabajo—. Por lo tanto, me referiré a cuatro cuestiones fundamentales –sorteando las encrucijadas que en el empeño pudieran determinar tantas otras—. Estas –a mi juicio– constituyen aspectos teóricos esenciales para conseguir aceptar a la *función pública* como técnica *iusadministrativa* de perfiles conceptuales precisos y autónomos, como paso inicial para su articulación sistémica adecuada en correspondencia con los requerimientos de la sociedad de nuestros días.

En este entendido comenzaré exponiendo breves reflexiones en torno a la relación Estado –como forma de poder organizado– y el factor humano que le da vida (II), por ser en el ámbito de este vínculo que se origina y desarrolla la categoría analizada. Luego, expondré la problemática de la polisemia del vocablo *función pública* a fin de realizar ciertas precisiones terminológicas y de contenido (III). Acto seguido, presentaré las consideraciones en torno a la noción estricta de *función pública* que se propone (IV) y para finalizar, me referiré al Derecho que la ordena –fundamentalmente a la concreción de su objeto y contenido en correspondencia con las ideas anteriores– (V).

Debo igualmente poner sobre aviso al lector en cuanto a una conexión temática de ineludible referencia. A saber, las implicaciones que sobre la noción de *funcionario público* tiene cada aspecto que se trata. La significativa importancia que sobre ella tiene la mirada propuesta acerca de la *función pública*, así lo aconsejan. En tanto, haré –en cada momento– una alusión mínima a tal asunto.

II. El Estado como forma de poder organizado y el factor humano que lo actúa. Reflexión preliminar mínima

A modo de preámbulo –cuanto menos– es menester reflexionar sobre la importancia cardinal del elemento personal para el poder organizado ya que es –en esta específica parcela– donde se inscribe este estudio. Cualquier línea analítica que se aborde al respecto, implica su conexión directa con el ejercicio de las funciones públicas o –singularizando la expresión– con

el accionar de la *función pública*. Que –endefinitiva– son los agentes del Estado los que concretamente la realizan.

Tomar como punto de partida este nexo–poder organizado– agente– desde su esencia más básica, es fundamental para comprender los avatares históricos y cualquier concepción –actual o futura– de la categoría *función pública*. Esto se debe –en gran parte– a que, en su contexto evolutivo, destaca un *aspecto político* medular: el grado de asimilación de los intereses de los funcionarios a los del Estado ha sido esencial en el debate definitorio de su noción.⁶

Esta recibirá el impacto condicionante de las modificaciones que sufran las relaciones entre el Estado, la Administración Pública, sus agentes y la sociedad que –a su vez– responden a la forma en la que se concibe al propio ente de poder público y a su organización en cada momento. Esta perspectiva analítica coadyuva a la comprensión de la complejidad del tema relativo a la ordenación de los medios personales del Estado.

En tal sentido, debe iniciarse la reflexión considerando que el poder es consustancial a toda agrupación humana. En todo grupo social –desde los más primitivos y simples hasta los más civilizados y complejos– se halla siempre un denominador común: la presencia de individuos más fuertes que desean y pueden imponer su voluntad sobre los otros. Esta es una realidad histórica –dice DUGUIT⁷– asociada a la formación natural del Estado que ocurre –incluso– al margen del asentamiento

⁶ La lucha por el poder no es ajena al fenómeno de la *función pública*. Tanto por sus conocimientos técnicos, capacidad y personalidad o por sus vínculos con el resto de la sociedad, los agentes públicos desempeñan un rol decisivo en el ámbito electoral y en la realización de programas políticos y sociales. Véase: PLANTEY, Alain, *La fonction publique. Traité général*, 2e édition, Litec, Paris, 2001, p. 85.

⁷ DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome I, *La Règle de Droit - Le Problème de L'État*. 3ème édition, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1927, pp. 655 y ss. El propio autor ya expresaba en 1901 la idea de que *l'État est le produit historique d'une différenciation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée*. DUGUIT, LÉON, *Études de Droit Public – I - L'État, le droit objectif et la loi positive*, Ancienne Librairie Thorin et Fils, Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1901, pp. 1 y ss.

territorial o la homogeneidad del grupo y trasciende a cualquier postura doctrinal sobre la justificación filosófica del poder político.

Este –en definitiva– es consecuencia del propio instinto de asociación de los hombres, como seres que no pueden vivir si no es en sociedad. Así, para que aquella no se disocie, alcance los fines que se propone y para su propia subsistencia, es necesario un poder superior a los individuos que les una y organice: el *poder público*⁸. Ante la existencia misma de una formación política medianamente extensa y compleja como poder organizado–resulta visible e inevitable a efectos de su ejercicio y aseguramiento– el factor humano.

Este aspecto es trascendental sea cual fuere la noción de Estado que se postule. Aquel se distingue del resto de las formaciones humanas organizadas por su condición de detentor del poder público –como potestad de mando y dominación con fuerza irresistible⁹–. Y al ser un ente inmaterial y un fenómeno abstracto, solo le es posible el ejercicio de su poder a través de los hombres que actúan su voluntad. Ningún Estado –con independencia de su constitución– puede funcionar sin aquellas personas físicas que son sus agentes. Esto vale tanto para los servidores públicos actuales, como para el feudatario o el servidor del príncipe en el pasado, para las democracias occidentales o para los Estados socialistas.¹⁰

En tal sentido, no debe sorprender que la preocupación relativa a la organización de ese conglomerado humano al servicio del poder sea tan antigua como el poder mismo. Tampoco ha de asombrar su heterogeneidad histórica y la complejidad

⁸ NEZARD, Henry, *Éléments de Droit Public, Principes du Droit Public, Droit Constitutionnelle et Droit Administratif*, 3^{ème} édition, Rousseau et Cie., Paris, p. 2 y 3.

⁹ CARRE DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, traducción de José Lión Depetre, 2da edición (2da reimpresión), Fondo de Cultura Económica de México, D.F., 2001, p. 80 y ss.

¹⁰ STERN, Klaus, *Derecho de la República Federal alemana*, traducción parcial del Tomo I por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 599.

que de ello se deriva. Sobre todo, a partir de suproliferación y actuación en las esferas que van perfilándose en virtud de la individualización de las funciones del Estado –al amparo de la influencia que tiene la doctrina de la separación de poderes en la organización política¹¹. Esto –de a poco– redundará en la diferenciación de tratamientos según el *poder* al que se adscriba.

A ello se adiciona otro ingrediente relevante que tiene un impacto directo en la ordenación de la multiplicidad de agentes al servicio del Estado: su cariz técnico –íntimamente vinculado al origen de la burocracia profesional¹²–. Aspecto –que junto a la noción de separación de poderes– constituye parte de los fundamentos de la idea moderna de Estado. A partir de que se descompone el esquema feudal y patrimonial del ejercicio del poder, se hace indispensable la gestión de aquel a partir de mecanismos burocráticos que implican la coordinación sistemática de actividades y lleva implícita la división del trabajo en la gestión administrativa. Esto deriva en un giro radical del pensamiento en cuanto a la organización del personal vinculado al ejercicio de las funciones del Estado. Se hace necesaria la búsqueda de un tipo de agentes que responda a aquellas exigencias concretas de especialización.

El factor profesional constituye entonces un elemento cardinal, cuya significación irá en ascenso en la medida que se supere la fase del Estado policía y se individualice la función administrativa con el nacimiento de la Administración Pública como segmento del poder estatal que concentra la gestión del

¹¹ Los escritores políticos del siglo XVIII, fundamentalmente, MONTESQUIEU (1748) propusieron la teoría de la separación del poder que –interpretaciones y matizaciones aparte– influye en la identificación y articulación de las distintas funciones del Estado. Una vez que aquellas se distinguen, deben ser distribuidas en órganos muy distintos para que ninguno pueda acumular todos los poderes para reinar como un déspota. Idea que resalta ROUSSEAU (1762). Véase. BARÓN DE MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, Tomo I, traducido por Siro GARCÍA DEL MAZO, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, pp. 227 y ss.; ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato social*, Imprenta Herederos de Roca, Barcelona, 1836, pp. 74 y ss.

¹² WEBER, Max... ob. cit., pp. 173 y ss.

interés colectivo. La organización del Estado –en general– y la administrativa –en particular– agrupará pues a un conjunto extremadamente numeroso de personas físicas que le prestan servicio y que acceden a las estructuras públicas en virtud de finalidades y mecanismos diferentes.

Algunas son elegidas por los ciudadanos o designadas por órganos representativos. Otras se integran e identifican con la organización administrativa –propiamente– a las que prestan servicios en virtud del ejercicio de su profesión, es decir, como trabajadores por cuenta ajena mediante remuneración. Esto último trae como consecuencia que el funcionario profesional se pondere como la figura principal dentro del gran grupo de servidores públicos y comience a asumir intereses de grupo bien definidos. Entre otros factores, debido al rol determinante que desempeña el salario en el seno de la sociedad industrial a efectos de la señalización de una determinada posición social.¹³ Cuestión esta última, que genera no pocos conflictos de intereses entre el Estado –desdoblado en detentor del poder y empleador– con los funcionarios que reclaman el reconocimiento de una serie de derechos propios del sector privado¹⁴, al tiempo que se propugna el mantenimiento de los privilegios derivados de la condición funcional.

A medida que el Estado de los siglos XIX y XX fue cambiando su rol –de una parte– identificándose como garante principal y gestor del interés público y –de otra– ampliando su

¹³ ORTEGA, Luis, “Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Separata, 26, julio-septiembre, 1980, pp. 423-432.

¹⁴ Véase –entre otros–: MELLERAY, Fabrice, *Droit de la fonction publique*, 2ème édition, Économica, Paris, 2010, pp. 11, 24, 330-337; RAMÍREZ MÉNDEZ, Reinaldo, “El derecho de huelga en la función pública francesa (Comentarios en torno a la doctrina y jurisprudencia francesa contemporánea)”, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, *Anuario*, No. 12, 1981-1982, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida, Venezuela; BREWER-CARIAS, Allan Randolph, “El derecho de huelga en el concepto de libertad en el Estado moderno”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Venezuela, No. 21, 1961, Caracas, pp. 251-284.

campo de intervención, fundamentalmente en las actividades industriales y comerciales –ámbito tradicionalmente reservado a la iniciativa privada– el aumento del personal al servicio de la Administración, su diversificación, las nuevas tareas asumidas, la interferencia de técnicas de gestión del sector privado –entre otros factores– fueron incorporando nuevos giros en la relación del Estado con los medios personales a su servicio.¹⁵ Los vínculos y situaciones entre ellos se individualizan y adquieren una particularidad propia con transcendencia jurídica en cuanto a su organización y funcionamiento –en cuya órbita se presencia un aumento considerable de complejidad–.

En este contexto –y a propósito de estas reflexiones iniciales– vale rescatar la perspectiva realista de DUGUIT para notar que el Estado y las estructuras que lo integran son construcciones ficticias bajo cuyo ropaje actúa el verdadero aparato de dominación integrado por los hombres. Estos son el aspecto realmente concreto de aquel fenómeno abstracto e inmaterial. Es tanto como decir que sin aquellas personas físicas que lo actúan, el Estado está imposibilitado de ejercer su poder. Y si no lo hace, resulta cuestionable su propia existencia.¹⁶

III. La noción de *función pública*: precisiones terminológicas y de contenido

Otra de las grandes dificultades que se plantean al tiempo de construir una noción de *función pública* sobre bases técnicas

¹⁵ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo. I, *Parte General*, 8va Edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pp. II-9 y IV-1 y ss.

¹⁶ Para afirmar esto nada importa el contenido y dimensión de los cometidos del Estado. Desde los fines históricos más elementales hasta los más complejos de la actualidad, esta realidad es palpable. Ya lo advertía HOBBS al afirmar que la tarea de asegurar la paz y la seguridad jurídicas, requieren que los titulares de las funciones estatales afirmen enérgica y eficazmente el monopolio de la fuerza física contra todo acto de violencia. Cuando la creación o el ejercicio de las competencias estatales no bastan para realizar esta tarea, el poder del Estado pierde su credibilidad y, junto con la confiabilidad del orden estatal, también se pone en juego su permanencia. Véase. HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escohotado, Editora Nacional, Madrid, 1980, pp. 299 y ss.

sólidas, se presenta en el *ámbito teórico*. Tiene que ver con su propia delimitación conceptual. Una peculiar circunstancia destaca –como se anunciaba previamente–: todo el sistema categorial en este ámbito temático adolece de construcciones que –hasta la fecha– son inacabadas y plagadas de matices e inflexiones doctrinales. Esto –puede afirmarse– es una de las problemáticas irresueltas en torno al tema, que obliga a imprescindibles reflexiones.

En virtud de esta realidad, dedicar un espacio especial a este asunto no es un propósito fortuito. Se debe –esencialmente– a dos razones de peso. La primera, versa sobre las implicaciones que esto tiene para la posterior identificación de los elementos que la integran –en especial las tipologías diversa de su componente subjetivo–¹⁷. Si esto último se contextualiza en el ámbito del poder organizado –al que ya se ha hecho referencia– la ejecución de cualquier actividad funcional –por precaria que fuese la organización– debe estar a cargo del factor humano que la concreta. Por tanto, no es casual que siempre que se ha hablado de *función pública*, se haya conectado –de alguna manera– con el elemento personal al servicio del poder.

El segundo motivo, es relativo al fenómeno polisémico que se suscita en torno al vocablo –utilizado en el discurso jurídico y político con diferentes acepciones–. Esto se debe –en parte– a la inexistencia de una definición universalmente

¹⁷ Es aceptable resaltar el caso del *funcionario público*, por su notoria trascendencia jurídica como uno de los componentes de la *función pública*. Un elemento primario a considerar es que *función* y *funcionario* son dos términos que –desde su más elemental relación etimológica– van necesariamente asociados. Ambos encuentran su raíz en el latín *fungor, fungi* que significa cumplimiento o ejecución en sentido dinámico. Esto implica la realización de una *función* por parte de una persona física, cuyos resultados serán perceptibles en la realidad. Véase. DE MIGUEL, Raimundo, *Diccionario etimológico latino-español*, 23e, s/e, Madrid, 1974, p.187. Esto devela –consecuentemente– interdependencia conceptual de ambas categorías y fundamente la necesidad de precisar el contenido y alcance de la *función pública* como punto de partida elemental para establecer –luego– la de *funcionario público*. En correspondencia con lo que se entienda de una, se establecerán entonces las delimitaciones y contenidos de la otra.

admitida de *función pública*. Circunstancia que se agrava por la propia ambigüedad histórica que implica la concepción de lo *público* –como parte de las problemáticas que se derivan de la perenne dicotomía público-privado¹⁸. Binomio caracterizado por mutaciones y redimensionamientos constantes como consecuencia de su conexión con la evolución de la relación entre el poder y la sociedad. Lo cual irradia dificultades –en el ámbito doctrinal y práctico– para perfilar los contornos definitorios de cualquier categoría adjetivada con el apelativo *público*.

Como emanación de lo anterior, la noción de *función pública* ha sido también objeto de modulaciones históricas y presentes como parte del resultado del propio *iter* evolutivo del sentido de lo *público*. De esta manera, pueden identificarse al menos tres sentidos que determinan contenidos y alcances dispares. Desde una *percepción amplia*, se le asocia con la función que realiza el Estado para el cumplimiento de sus fines, en correspondencia con el ejercicio del poder público (1). Desde otra perspectiva más restringida –en un sentido material– se emplea como sinónimo de función administrativa e incluye todo el ámbito competencial de la Administración Pública para la realización del cometido que constituye su razón de existencia: la satisfacción del interés colectivo (2). Y –en un sentido estricto– se le identifica con el fenómeno de la organización y funcionamiento de los medios personales al servicio de la Administración Pública (3).

¹⁸ RANELLETTI, Oreste “Il concetto di ‘público’ nel diritto”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX, 1905, Milán, pp. 337-354; RAGGI, L., “Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato”, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LV, 1915, Milán, pp. 111-172; BOBBIO, Norberto, *La gran dicotomía público/privado*, traducción de José F. Fernández Santillán, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 2015, obra completa; BREWER CARIAS, Alan R., “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 57, 1976, Caracas, pp. 114-135.

1. La noción amplia de *función pública*: la *función pública* como función del Estado

En cuanto a este tópico, interesan dos aspectos fundamentales que tributan directamente al eje temático de esta exposición. Por un lado, la idea de *función pública* en su acepción material –como aquella que *se realiza* o que *se ejerce* y que sintetiza el ámbito competencial del Estado íntegro. De otra parte, el sentido de lo *público* que se emplea y su justificación.

Lo primero, influye directamente en la concepción que se adopte respecto de las tipologías del personal administrativo –especialmente el *funcionario público*–. Principalmente, en lo que concierne a la naturaleza del contenido funcional del que dispone este último y a su específica identificación dentro de las esferas de actuación del Estado. Si los funcionarios –*a priori*– son los que realizan materialmente la *función pública*, la amplitud o estrechez de ambas nociones serán directamente proporcionales; lo cual impacta en las teorizaciones que al respecto se han formulado.

En cuanto al sentido de lo *público* resulta trascendente porque la acepción utilizada difiere de la que se emplea en el caso de las nociones –restringida y jurídica– que se refieren posteriormente– y de la que finalmente se propone–. Sin embargo la postura defendida no es excluyente, sino más bien conciliadora desde el punto de vista técnico. Luego, al estar todas ellas imbricadas indistintamente en el lenguaje jurídico, es imprescindible establecer precisiones referenciales a su respecto para la asimilación de la propuesta teórica que se presenta.

Sea cual fuere la concepción que se estudie sobre el Estado como concepto, se notará inmediatamente la proyección de su carácter público. No interfiere para ello apreciarlo como asociación o comunidad¹⁹, como esfera o dimensión social

¹⁹ Con dos variantes: el contrato social y la postura weberiana. Véase. HOBBS, Thomas... ob. cit., pp. 227 y ss.; LOCKE, John *Tow Treatises of Government*, Student Edition, Cambridge University Press, London, 1960, pp. 318 y ss; ROUSSEAU, Jean-Jacques... ob. cit., pp. 18 y

ideal²⁰ o como una institución concreta separada del resto de la sociedad.²¹ Lo *público* lo inunda en toda su magnitud. Se explica a partir del carácter de su poder, elementos, funciones, de su propia teleología y de los medios o formas que le permiten cumplir sus cometidos. Cada uno de estos aspectos lleva implícito el sentido de lo *público* para referirse a una dimensión común o general.

El fin del Estado, la razón de ser de su existencia, es favorecer los intereses, solidarios, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común. Estos fines son precisamente los que muestran su vida, su acción histórica; fines que no son transitorios, sino permanentes y universales.²²

La extensión de las actividades atribuidas al Estado ha sido replegada o ensanchada según la época histórica de que se trate. Las percepciones teóricas y prácticas han transitado desde las más básicas tareas –restringidas al aseguramiento del orden y la paz o limitadas a regular la actividad privada o solucionar conflictos– hasta los más variados cometidos²³ que el Estado contemporáneo fue asumiendo, condicionado –en lo fundamental– por el complejo proceso que fue modulando su

ss.; WEBER, Max... ob. cit., pp. 53 y ss. Este último, considera al Estado un tipo particular de organización política gobernante, caracterizada por el elemento de la territorialidad y por la existencia de un órgano administrativo que monopoliza el uso legítimo de la violencia física.

²⁰ Asociado a una realidad de la idea ética, al momento de la universalidad, de lo común, donde la fragmentación de la sociedad civil es trascendida. HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, traducción de Angélica Mendoza de Montero, 5ta Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968, pp. 157 y ss., 172 y ss.

²¹ El Estado no es una dimensión social abstracta, es una institución concreta, separada del resto de la sociedad. Deviene de la división de clases y surge de la necesidad de frenar el antagonismo de clases. Este es el punto de vista sostenido por el pensamiento marxista clásico. Véase, por ejemplo, ENGELS, Friedrich., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2006, pp. 117 y ss.

²² JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, Tomo I, traducción de la segunda edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, 1914, pp. 410 y ss.

²³ Relativos a las diversas esferas de la sociedad donde el Estado ha ido interviniendo: educación, sanidad, industria, agricultura, transporte, comunicaciones, cultura, intervención en la economía, control de la actividad privada, protección del medioambiente, etcétera.

intervención en la vida económica y social.²⁴ Sin embargo, el Estado –en tanto fenómeno político– continúa siendo aquello que se ha despojado de todo carácter privado, particular y que, “saliendo del tejido de los *gens*” aparece como cuestión de todos.²⁵

Por otro lado, lo calificativo del Estado es que su poder es supremo y su voluntad soberana; poder y voluntad que sirven para que cumpla con su fin de realizar un determinado aspecto esencial de la comunidad humana. La vida del Estado es un talante de la vida en común. Se manifiesta en el logro, en la satisfacción de fines comunes apetecidos y culmina en el hecho político.²⁶

Es por ello que un uso tradicional del término *función pública* –en la teoría general del Estado– devine de su asimilación con la materialización y despliegue del poder que aquel ejerce²⁷. Este –entendido básicamente como fuerza superior que conduce a la comunidad y afecta a todos sus miembros– ostenta

²⁴ Contextualizado por la concepción del Estado de bienestar y la idea de servicio público como fundamento del poder político, DUGUIT entendía a la *función pública* como toda actividad que deba ser asegurada, reglada y controlada por los gobernantes. DUGUIT, León, *Traité...*, T. I, ob. cit., pp. 58 y ss.; DUGUIT, León, *Manual de Derecho Constitucional, Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado, las libertades públicas, organización política*, traducción por José G. Acuña, Segunda Edición Española, Imprenta de sucesores de Revadeneyra S.A, Librería Española y Extranjera Príncipe, 1926, pp.71 y ss; DUGUIT, León, *Las Transformaciones del Derecho Público*, Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915, pp.85 a la 130.

²⁵ VERNANT, J. Pierre, *Les origines de la pensée grecque*, 12eme édition, PUF, Paris, 2073, p. 41 y ss.

²⁶ GIERKE, Otto Von, *Political Theories of the Middle Age*, 1th edition, Translated by Frederic W. Maitland, LL.D, D.C.L, Cambridge at University Press, USA, 1900, reprinted 1913, pp. 96 y ss. Desde una concepción estrictamente jurídica –como ilustra JELLINEK– GERBER estima que el pueblo se eleva mediante el Estado a personalidad jurídica cuyos derechos arrancan del poder de querer del Estado, que es el poder de dominar y se llama poder público. Este es el poder de voluntad de un organismo ético; no es una coordinación artificiosa y mecánica de muchas voluntades particulares sino la fuerza ética común de la conciencia que el pueblo tiene en sí mismo, es una fuerza natural contenida originalmente en el Estado por ser este la forma social más alta de la humanidad. JELLINEK, G., ob. cit. pp. 201 y ss.

²⁷ NEZARD, Henry, *Éléments...* ob. cit., pp. 2 y 3.

un carácter *público* por esencia. Esta noción se refuerza en la medida en que el concepto occidental de Estado logra imponerse como la única versión legítima y verdadera de lo que este es y que lo *público* se va identificando con lo *político* concretamente con lo *estatal*. Idea que se generaliza –y evoluciona– a partir de la expansión de la idolología del Estado moderno.²⁸

De esta manera se va asumiendo –en el contexto político y jurídico– que la idea de *función pública* queda limitada al funcionamiento del Estado como un tipo de poder organizado. Sea por el despliegue de su actuación hacia la comunidad, sea por la asunción de los asuntos que a ella atañen. Un sentido de lo *público* que recuerda –de cierta manera– la ya superada concepción romana contenida en el *Digesto*: “(...) *Publicumius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. (...)*.”²⁹

2. La noción restringida de *función pública*: la *función pública* como función administrativa

En este caso –sin abandonar la lógica expositiva– conviene destacar cómo se va construyendo la idea de una función administrativa³⁰ y su entendimiento con un carácter de *función pública*

²⁸ JELLINEK... ob. cit., pp. 410 y ss.; HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, 2da edición, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1998, pp. 165-181.

²⁹ ULPIANO, *Instituciones*, Libro I, Título I, 4, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos KRIEGLER, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, por D. Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, Primera Parte, *Instituta-Digesto*, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, 1889, p. 5.

³⁰ La evolución que se llevó a cabo, en el aspecto organizacional, hacia el Estado moderno, consistió en que los medios reales de autoridad y administración, que eran posesión privada, se convierten en propiedad pública y en que el poder de mando que se ejercía como un derecho del sujeto se otorga al príncipe absoluto primero y luego al Estado. La tradición absolutista del continente europeo –que unificaba todas las funciones públicas subjetivamente en el monarca– observa en el Estado un sustituto abstracto de ese centro subjetivo único. Las organizaciones administrativas, no solamente se van diferenciando de las privadas, sino también comienzan a estabilizarse y a asumir funciones diversas. Véase –entre otros–: HELLER, Hermann... ob. cit., pp. 171 y ss.; STOLLEIS, Michael, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, traduit de l'allemand

–en tanto inherente al Estado–. A su vez –en el contexto de este propio proceso– el sentido de lo *público* adquiere otro tamiz para identificarse de a poco con los asuntos relativos al interés general que se conectan funcionalmente con el poder ejecutivo³¹.

La construcción pues de una función administrativa que va tomando identidad propia se gesta en tiempos del absolutismo³². El primer elemento que impacta en este sentido es la ciencia de la *policía*³³ cuya noción jurídica repercute en la propia concepción de la Administración y del Derecho público al incluir una parte importante de lo que actualmente abarca la actividad administrativa. A la Administración Pública se le va atribuyendo parte del poder público y se comienza a perfilar su individualidad³⁴ –de a poco concretada en sus aspectos material y orgánico–. En la medida que se entroniza la idea que precisa su

par Michel Senellart, PUF, Paris, 1998, pp. 553 y ss.; MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, pp. 23-50; BURDEAU, François, *Histoire de l'administration française. Du 18^e au 20^e siècle*, 2^{eme} édition, Montchrestien, Paris, 1994, pp. 25-45; RENAULT, Marie Hélène, *Histoire du droit administratif*, Ellipses, Paris, 2007, pp. 13 y ss.; en el ámbito hispano puede consultarse: BENEYTO PÉREZ, Juan, *Historia de la Administración española e hispanoamericana*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958, pp. 3313-324 y 335 y ss.

³¹ Hacia finales del siglo XVIII, la Administración Pública en Europa continental se concibe como una estructura de lo que se entendía como poder ejecutivo. Así lo contemplaron los autores franceses e ingleses de la teoría de la división de poderes. Véase –principalmente– MONTESQUIEU... ob. cit., pp. 234 y ss.; LOCKE, John...ob. cit., pp. 318 y ss.

³² TOQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, traducción de Jorge Ferreiro, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1996, pp. 272 y ss.

³³ Esta tiene como objeto lo que es necesario para el mantenimiento del orden público y la satisfacción del bien común o, en otras palabras, que incluye todo aquello que constituye la base y la regla para la sociedad que los hombres han establecido. Sobre el desarrollo de la *police*, véase DE LA MARRE, Nicolas, *Traité de la Police*, 2^e édition, Amsterdam, 1729, pp. 1 y ss. Para estudios históricos más recientes, ver de NIETO GARCÍA, Alejandro, "Algunas precisiones sobre el concepto de policía", en *Revista de Administración Pública*, No. 81, 1976 pp. 35-75.

³⁴ MACAREL, M., *Cours de droit administratif*, Tome I, première partie, *Organisation et attributions des autorités administratives*, 2^eme édition, Libraire de jurisprudence de Plon Frérot, Paris, 1852, pp. 12 y ss. –establece las diferencias entre gobierno y administración–. Asimismo, la Administración –dice MAYER– es la actividad del Estado para la realización de sus fines bajo su orden jurídico, exceptuadas la legislación y la jurisdicción. Véase. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, 1^{ra} edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 12.

actividad como aquella dirigida –mediante acciones positivas– a la realización de los fines estatales, también se va edificando estructuralmente como el segmento del Estado que gestiona el interés público.³⁵

En consecuencia, en el lenguaje *iuspúblico* es apreciable la asociación paulatina del término *función pública* en un sentido más específico, coadyuvando a la sinonimia con función administrativa –que va resultando visible desde los modos del lenguaje–. En el contexto aun de la *police*, DOMAT³⁶ –al referirse a « *des officier et autres personnes que participent aux fonctions publiques*», deja entrever la noción de funciones públicas asociadas a los asuntos de orden público y a la actividad –que luego describe– contentiva de misiones de la Administración.

Por su parte –en un estadio más consolidado del Estado-moderno– DE GERANDO³⁷ advierte que « *le droit administratif peut être considéré sous deux points de vue principaux : Ou relativement aux fonctions publiques par lesquelles s'exerce la mission confiée à l'administration; Ou relativement aux divers services publics auxquels cette mission s'applique.* »

³⁵ *L'intérêt public est le domaine propre de l'administration.* MACAREL, M., *Cours...* ob. cit. p.11.

En el ámbito hispano –como ilustrativa síntesis de las ideas expresadas– pueden evocarse las palabras de OLIVAN: “De los hechos sentados se deduce, que la Administración Pública se ha ensanchado y ennoblecido a medida que se ha ido reconociendo la utilidad de su acción. Y cómo desde el recaudar y pagar haya acudido a todas partes a proteger, ramificándose para fomentar todos los intereses legítimos, ya materiales, ya morales, de ahí es que estas nuevas funciones le confieren mayor importancia y consideración que las primitivas, elevan el conjunto de sus principios y reglas a la categoría de trascendental de ciencia social, y ofrecen al entendimiento una idea grandiosa, que se desvía notablemente de la mezuquina que debió formarse en su origen. Cfr. OLIVAN, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, Nueva Edición, Madrid, 1843, pp. 6 y 7. Véase también, GÓMEZ DE LA SERNA, Don Pedro, *Instituciones del Derecho Administrativo español*, Tomo I, Imprenta de D. Vicente de Calama, Madrid, 1843, pp. 13 y ss.; COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho Político y Administrativo*, Librerías de Don Ángel Callejas Editor, Madrid, 1858, pp. 103 y ss.

³⁶ DOMAT, Jean, *Les Quatre livre du Droit Public 1697*, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNR, Université de Caen, Paris, 1989, p.3 y ss.

³⁷ DE GERANDO, *Institutes du Droit Administratif français*, Tomo I, Palais de Justice, París, 1829, p. 16.

A partir de una serie de tareas que coloca en manos de la Administración –todas ellas relativas al interés público y catalogadas de funciones públicas–. VIVIEN³⁸ –en tanto– resaltaba que « *L'administration pourvoit aux besoins des services publics et à l'exécution générale des lois ; elle est le principal attribut du pouvoir exécutif que la charte a remis à la couronne. Elle perçoit l'impôt, organise et entretient l'armée ou la flotte, emploie le revenus de l'état. Sa tutelle s'étend sur le intérêt collectif des départements, des communes, des agrégations d'individus ; elle veille même sur les intérêt individuels, quand ils sont unis à l'ordre public ; ainsi elle prend le citoyen a son entrée dans la vie et lui donne u état civil, elle lui procure l'instruction qui le rend propre à l'existence sociale, lui assure le protection de son culte, le libre exercice de ses droit publiques, lui impose l'accomplissement de ses devoirs envers l'état, et après l'avoir, lorsqu'il meurt, rayé du livre des vivants, donne la sépulture a ses deniers restes.* »

Razonamiento similar puede deducirse de lo expuesto por FOUCAUT³⁹: « *L'Administration procure l'exécution des lois d'intérêt général, assure la tranquillité publique et pourvoit à tous les besoins et a tous les services publics ; il fait la répartition des charges qui pèsent sur les personnes et sur les propriétés, gère la fortune publique, règle la jouissance des choses laissées dans la communauté, surveille la gestion des intérêts collectifs, etc.* »

En este entendido –y como resultado de la culminación del proceso de formación de la noción de Administración Pública– se consolida la idea de que el poder estatal –dirigido a la satisfacción de las necesidades colectivas– y en cuanto objeto

³⁸ VIVIEN, M., *Études administratives*, Guillaumin Libraire, Paris, 1845, pp. 1 y 3. Puede verse también, en sentido similar, a HAURIUO : « *l'administration doit être définie l'exercice des droits des personnes administratives en vue du fonctionnement des services publics.* ». HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 2^{ème} édition, L. Larose et Forcel Editeurs, Paris, 1893, p. 182.

³⁹ FOUCAUT, Émile-Victor, *Éléments de Droit Public et administratif, des principes de Droit Public positif*, Tomo I, 4^{ème} édition, A. Marescq et E. Dujardin, Libraires-Editeurs, Paris, 1855, p. 149.

de un deber jurídico en relación con su aplicación⁴⁰– se canaliza a través de la Administración Pública y la función administrativa se considera como una de las funciones del Estado, en la que se manifiesta su poder para la mejor realización de los fines públicos.⁴¹

Esta acepción tiene trascendencia cardinal en las líneas definitorias de *funcionario público* pues el efecto inmediato –al considerarla– es la reducción de su esfera de actuación y el estrechamiento de su concepto. Esto se debe a que se asume su conexión directa con la Administración Pública –en su órbita estructural y en su esfera competencial– y por tanto el *funcionario* realiza o ejerce concretamente función administrativa –excluyéndose el resto de las funciones del Estado–.

3. La noción estricta de *función pública*: la *función pública* ligada a la ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública

Este, pudiera considerarse el uso más controversial de la expresión *función pública*, pues en la esfera jurídica es donde se hacen notar con mayor énfasis los efectos de la polisemia del término –fundamentalmente en el propio seno del Derecho Administrativo–. Su importancia está dada porque –del sentido de su uso en la órbita *iusadministrativa*– depende, en gran medida, la configuración teórica, normativa y práctica de la organización y funcionamiento de la propia Administración Pública –con atención primordial en su elemento personal–.

Es por ello que –en honor al carácter jurídico de este estudio– se resalte como primera necesidad la tecnificación de la institución estudiada. La ausencia de una elaboración teórico-jurídica de la categoría *función pública* genera ambigüedades

⁴⁰ ALESSI Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, traducción de la tercera edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970, pp. 7 y ss.

⁴¹ GASCÓN Y MARIN, JOSÉ, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, Tomo I, 7ma edición revisada, C. Bermejo impresor, Madrid, 1941, 137 y ss.

en el lenguaje, en la interpretación normativa y ha sido una de las razones fundamentales de los descabros pasados y presentes de la ordenación de los medios personales al servicio de la Administración.

A finales del siglo XVIII –con la Revolución Francesa como hecho de quiebre histórico– el valor libertad adquiere una connotación singular –al amparo de la influencia del pensamiento iluminista y el liberalismo como doctrina política y económica–. De acuerdo con los principios de la ley natural, los hombres nacen libres e iguales y, si renuncian a una parte de su independencia, es para someterse a la voluntad de toda la sociedad en función de su bienestar. El hombre, pierde por el contrato social su *libertad natural*; sin embargo adquiere la *libertad civil* y la fuerza para preservarla de acuerdo con las exigencias del interés general.⁴²

Consecuentemente, los privilegios y el carácter patrimonial de los cargos públicos era el mayor obstáculo para la igualdad de todos ante la ley y el Estado. Por lo tanto, cualquier forma de propiedad sobre las *funciones públicas* se estima contraria a los intereses de la Nación ya que cada individuo titular de una *función pública* –en sentido patrimonial– sería también propietario de parte del Estado.⁴³

Este ideal tiene su punto fundamental de consagración en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 26 de agosto de 1789. En su artículo 6 se establece el principio de igualdad y –concretamente– se plasma que todos los ciudadanos son igualmente elegibles para todos los puestos públicos, de acuerdo con su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos. Así, desaparece la idea de cualquier privilegio en torno a las funciones públicas. Estas no puede convertirse en propiedad de quien las ejercen y su ejercicio no se entiende como un derecho, sino un deber.

⁴² ROUSSEAU, Jean-Jacques... ob. cit., pp. 25 y ss.

⁴³ SIEYÈS, Emmanuel, *Qu'est-ce le tiers État*, P.U.F, Paris, 1982 p. 3 y ss.

Naturalmente –en virtud de las nuevas concepciones– con base en las cuales debe primar el interés general y el ejercicio armonioso de las libertades individuales– no solo debe cambiar el rol del Estado, sino también el de sus agentes. Esto se debe a que sería imposible que el agente público –hasta el momento comprometido con el poder absoluto del monarca y la arbitrariedad de la administración– deviniera bajo este concepto como garante del interés general.⁴⁴

En este contexto –y como consecuencia del proceso de profesionalización del ejercicio de las funciones públicas– se va evidenciando un tratamiento cada vez más intencionado y ya –desdela primera mitad del siglo XIX– comienzan a notarse referencias especiales en el ámbito doctrinal al personal al servicio del Estado.⁴⁵ Sin embargo, no es hasta finales del propio siglo y los primeros años del XX que el uso del vocablo *función pública* se delinea con una autonomía propia –como un elemento categorial identificable y singular en la organización administrativa–

En tal sentido, merece destacarse el trabajo de KAMMERER⁴⁶, publicado en 1898, *La fonction publique d'après la législation allemande* –dedicado al fenómeno evolutivo de la ordenación de los agentes públicos en Alemania– y el de NEZARD⁴⁷, en Francia, en 1901 –*Théoriejuridique de la Fonction publique*–. Estas constituyen las primeras obras que ofrecen un tratamiento sistemático e introducen a la *función pública* como concepción

⁴⁴ BOLGAR, Vera, «L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 17, No. 2, 1965, Paris, p. 329-363; CHEVALLIER, Jacques, «L'intérêt général dans l'administration française», en *R.I.S.A*, No. 4, 1975, Brussels, pp. 325-350.

⁴⁵ Véase, por ejemplo : LALOUETTE, M, *Eléments de l'Administration pratique*, Le Normant imprimeur-libraire, Paris, 1812; BOUCHENÉ-LEFER, A. G. D., *Droit Administratif français*, Gustave Pissin, Libraire, Paris, 1835, pp. 1 y ss; DELBOUSQUET, Jules, *De l'organisation des administration centrales des divers ministères; des droit et devoir des s employés*, Hingray, Paris, 1843; E. H. de S., *Exposé du Droit Public de L'Allemagne*, J. J. Paschoud Imprimeur-Libraire, Paris, 1921, pp. 363 y ss.; OLIVÁN, Alejandro, ob. cit., pp. 101 y ss.

⁴⁶ KAMMERER, A.; ob. cit., obra completa.

⁴⁷ NÉZARD, Henry, *Théorie...* ob. cit., obracompleta.

capaz de resaltar la especificidad de las situaciones jurídicas entre el Estado y sus agentes.

Posteriormente, se entronizó su uso en el sentido expuesto⁴⁸ –con alcances dispares en correspondencia con los regímenes políticos, jurídicos y económicos y los modos de organización administrativa de cada Estado. De acuerdo a esto, se establecen hasta el presente las concepciones teóricas, normativas y jurisprudenciales sobre la *función pública* –sin que se haya conseguido instituir una noción estrictamente jurídica que la distinga con autonomía técnica propia dentro del Derecho Administrativo.

IV. Hacia una noción jurídica de *función pública*: La *función pública* como técnica *iusadministrativa* de ordenación de los medios personales al servicio de la Administración Pública

La afirmación anterior se constata –rescatando las ideas iniciales– por la inexistencia de una definición universalmente admitida de *función pública* que permita identificarla con una acepción uniforme en el lenguaje jurídico. Así, cuando se habla de ordenación o estructuración o gestión de la *función pública* –por ejemplo– se percibe en un sentido material –*une chose*, diría HAORIOU⁴⁹– o, en un sentido más difuso, se visualiza como un espacio, como un sitio al que se acude. Lo cual –desde el punto de vista lingüístico– es una derivación de su noción

⁴⁸ Pueden destacarse al respecto –solo por citar algunos ejemplos–: GREGOIRE, Roger, *La Fonction Publique*, Librairie Armand Colin, Paris, 1954; FOUGÈRE, Louis, *La fonction publique*, Institut international des Sciences administratives, Bruxelles, 1966; PLANTEY, Alain, *Traité pratique de la fonction publique*, 3^e édition, L.G.D.J., Paris, 1971; AYOUB, Elliane, *La fonction publique*, Masson, Paris, 1975; BLANC, Louis, *La fonction publique*, 2^e édition, Sirey, Paris, 1978; MONTEROChiner, Maria de Jesús, *La función pública en el federalismo alemán*, INAP, Madrid, 1987; ERRERA, Paul, *Traité de Droit Public Belge*, Droit Constitutionnel-droit Administratif, V. Giard and E. Brière Éditeurs, Paris, 1909.

⁴⁹ HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 4^{eme} édition, L. Larose et Forcel Editeurs, Paris, 1900, pp. 586 y ss.

amplia como función del Estado. Aquella es la que este realiza para el cumplimiento de sus fines y es el agente el que la actúa, accediendo a ella y dando vida a las estructuras estatales. Por lo tanto, se estima, que cuando se vincula a esta, ha entrado a aquella órbita de funcionamiento.

Tiene también en este asunto una marcada influencia la consideración que se tenga de la categoría. Consecuentemente –si se asume una noción amplia– el alcance de ese espacio abarcará todo el ámbito funcional del Estado. Si se postula una noción restringida, incluirá concretamente la esfera de actuación de la Administración Pública. Por otro lado, cuando se hacen referencias al régimen legal de la *función pública* puede colegirse –en cierto modo– su tratamiento como una institución jurídica que tiene identidad propia y particularismo normativo. Sin embargo, cuando se debate sobre su naturaleza contractual o estatutaria, adquiere el sentido de una relación cuyo contenido pudiera ser definido *ex lege* o por vía consensual.

Asimismo, en determinados contextos, es utilizada como sinónimo de empleo público –estableciendo su contenido y alcance desde un prisma *iustlaboral*. Lo cual –entre otras consecuencias– genera consideraciones teóricas inadecuadas y confusiones en torno a las relaciones de empleo y de servicio. En este mismo entendido –aunque con un criterio más propio de la Ciencia de la Administración– la *Carta iberoamericana de la función pública*– la concibe como un conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que lo integran, en una realidad nacional determinada.⁵⁰ Este, si bien pretende ser un concepto inclusivo –dada la finalidad del documento que lo

⁵⁰ Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general. Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003.

propone— termina estrechando su visión a la gestión de los recursos humanos desde la perspectiva de las relaciones de empleo público.

Lo cierto es que —de manera general— con la voz *función pública* suele identificarse el conglomerado de personas que ejercen funciones públicas al servicio del Estado o de la Administración Pública; así como al contenido de las situaciones y relaciones jurídicas que se suscitan en ese contexto y al régimen legal que las ordena. Lo cual —aunque en modo difuso— sugiere también un sentido jurídico de la expresión.

Sin embargo —como se ilustró *up supra*— la configuración de la *función pública* como categoría propiamente jurídica, puede considerarse el resultado inacabado de un proceso histórico; cuyo desarrollo ha estado condicionado por la propia evolución del Estado —siempre a la par de las teorías políticas, económicas y jurídicas que han derivado de su propia transformación—. Esto —naturalmente— ha determinado que la dificultad de perfilar sus contornos conceptuales constituya una variable histórica permanente en el ámbito doctrinal y práctico.

En consecuencia, su concepción llega a la actualidad en constante mutación; derivada de su conexión con la evolución de las relaciones entre el poder, sus agentes y la sociedad. Por tanto, propiciar cualquier reflexión tendente a su tecnificación, tiene como presupuesto partir de un aspecto neurálgico: la necesidad de culminación del proceso de construcción de su noción jurídica. De lo que al respecto se asuma, dependen las estimaciones que se realicen y las posiciones que se sostengan en cuanto al propio contenido del Derecho que la ordena, así como el sentido y alcance del sistema de las categorías jurídicas que abarca.

Conseguir aceptarla como técnica *iusadministrativa* mediante la cual se ordene la organización, funcionamiento y situaciones de los medios personales al servicio de la Administración Pública; es punto de partida indispensable para asegurar —a través de una visión integradora— su carácter sistémico y la flexibilidad

necesaria para que su régimen legal se articule sobre la base de relaciones equitativas al amparo de intereses conciliados.

Lo anterior conduce necesariamente a entenderla como una institución distinta e independiente de sus componentes. Idea que expresaba HAURIUO⁵¹ al referirse a las atribuciones inherentes al *officium publicum*: *Des fonctions érigées en titre d'office, elles ont une existence indépendante du fonctionnaire, elles sont permanentes, elles demeurent quand le fonctionnaire passe*. Por lo tanto, la principal consecuencia jurídica que de esta concepción se deriva es la necesidad de consensuar teóricamente aquellos elementos que la integran: *subjetivo* (a), *objetivo* (b) y *teleológico* (c).

a) El *elemento subjetivo* se constituye por el factor humano –a cuya importancia ya se ha hecho referencia–. Se sostiene el criterio que debe circunscribirse a los servidores públicos administrativos que ejercen una función administrativa o participan de su ejercicio, vinculados a la estructura organizativa de un ente público mediante una relación de empleo público.

b) El *elemento objetivo* se desgaja del contenido derivado de las situaciones jurídicas que se suscitan entre la Administración Pública y sus servidores –en el contexto de las relaciones entabladas–; así como del ordenamiento jurídico que regula su organización y funcionamiento (Ver IV).

c) El *elemento teleológico* está determinado por el propósito exclusivo de la técnica de coadyuvar a la realización de las necesidades colectivas. Se trata de un fundamento axiológico importante pues –de conjunto con la participación como sujeto de la Administración Pública en las relaciones jurídicas establecidas– determina que el régimen jurídico sea *iusadministrativo*.⁵²

⁵¹ Cfr. HAURIUO, Maurice, *Précis...*, 4^{ème} édition, ob. cit., p. 585.

⁵² Con este criterio se refuerza la idea de la especialidad de la *función pública*. Cualquiera que ha sido su concepción, la necesidad de su particularismo ha estado justificada sobre la

Delinear conceptualmente a la *función pública* sobre la consideración de estos basamentos permite concebirla con las siguientes características:

1. *Tiene una naturaleza instrumental o técnica.* Está integrada por un conjunto de mecanismos de gestión que involucran –además– a otras disciplinas como la Ciencia de la Administración y el Derecho del Trabajo –en lo esencial–. Consecuentemente su organización y funcionamiento tienen un carácter transdisciplinario.
2. *Su ordenamiento no es unitario.* Derivado de lo anterior, esto responde a que su componente normativo puede integrarse por disposiciones jurídicas que no son de Derecho Administrativo. Esto no desmerita su especialidad (Ver IV) pues –desde la égida constitucional– debe delimitarse el alcance del Derecho de la *función pública* y –al diferenciarse con precisión los tipos de relaciones que en su virtud se generan– puede determinarse claramente el régimen jurídico aplicable a la relación concreta.
3. *Se articula en función del interés público.* Este aspecto –como se ha expresado– es el que determina el carácter público de las relaciones y situaciones jurídicas que se materializan en sus contornos, así como su régimen legal especial.
4. *La Administración Pública ostenta determinadas potestades jurídicas de ejercicio unilateral.* Esta característica se deriva de que las actividades objeto de la prestación de servicio tienen un carácter administrativo y por ende, naturaleza pública. Es consecuencia directa –además– de la intervención de la Administración Pública como sujeto en calidad de garante de los intereses generales.
5. *Tiene carácter permanente.* No se hace referencia aquí a la permanencia de la función –entendida materialmente como atribución– sino a la existencia inalterable de la

base de la importancia que reviste su ordenación para la satisfacción del interés colectivo. Véase en tal sentido las valoraciones de GREGOIRE, Roger...ob. cit., pp. 26 y ss.

función pública como técnica, como institución, sin la cual el Estado se ve imposibilitado de realizar su función administrativa.

La perspectiva propuesta propugna numerosas ventajas en orden teórico y práctico y –aladoptar este enfoque– se refuerza la autonomía legal de la *función pública* en tanto puede concretarse con mayor exactitud el contenido, objeto y alcance del Derecho que la ordena. Asimismo –al quedar perfectamente identificados sus elementos– se clarifica el sistema de relaciones jurídicas que se establecen en el contexto del estatus funcional. Esto permite –a su vez– instituir los basamentos teóricos esenciales de la noción de *funcionario público* –como parte fundamental de su componente subjetivo–. Como efecto reflejo de todo lo anterior, se delinea el esquema básico de tipologías de servidores públicos –con énfasis en los administrativos– y se concilian las intervenciones de las disciplinas *iusadministrativa* y *iuslaboral*. Esto último de vital significación en el contexto de mixtura y *laboralización* de los sistemas de *función pública*.

V. El Derecho de la *función pública*

Con la concepción propia del Estado moderno –como se expuso antes– la *función pública* devino una herramienta de singular importancia a fin de asegurar la integración de los individuos en la vida social, en correspondencia con la adhesión a un sistema axiológico determinado. Lo cual tiene base en la consideración del Estado como conciliador de intereses sociales y ente que encarna por excelencia la unidad de la sociedad en pos del bien común.

Asimismo, el desarrollo de la concepción sobre la personalidad jurídica del Estado⁵³ y la teoría orgánica⁵⁴ de la Administración Pública, resaltan la significación del elemento personal en

⁵³ Véase por ejemplo JELLINEK, ob. cit. pp. 227.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 375 a la 383; MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., p. 493 y ss.;

ese ámbito. Las personas jurídicas públicas –dice SAYAGUÉS LASO⁵⁵– actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio. La actividad de este conglomerado de personas al servicio de la Administración Pública se regula por normas y principios especiales, lo que constituye el contenido del Derecho de la *función pública*.

Con respecto a su origen y desarrollo, se transita por peculiaridades similares a las expuestas para el propio caso de la *función pública*. Sin embargo, abordar el asunto desde una perspectiva histórica constituiría una desviación innecesaria de los objetivos trazados en este trabajo. Se considera entonces suficiente establecer las pautas fundamentales en cuanto a su definición (1), *objeto* (2), sus principales *características* (3) y el rol que desempeña para la configuración de la noción jurídica de *funcionario público* (4).

1. Definición

A partir de los criterios expuestos sobre la noción jurídica de *función pública*, debe considerarse –por derivación– que el *Derecho de la función pública*, es una órbita especial del Derecho Administrativo que se refiere a las normas, principios y valores que ordenan e informan la organización, funcionamiento, situaciones jurídicas y relaciones de los servidores públicos administrativos vinculados a un ente público mediante una relación de empleo público. En la medida en que la Administración Pública se perfila conceptualmente y la *función pública* va concretando su especialidad, este segmento de la rama *iusadministrativa* se desarrolla y adquiere relevancia.⁵⁶

SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., "La teoría del órgano en el Derecho Administrativo", *Revista española de Derecho Administrativo*, enero/marzo, no. 40 y 41, 1984, Madrid, p. 43-86.

⁵⁵ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9na edición puesta al día por Daniel Hugo Martins, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, p. 255 y ss.

⁵⁶ Para el proceso evolutivo del Derecho de la *función pública*, deben tomarse dos hito histórico de notabilidad capital por constituir punto de partida en su configuración y especialidad. El primero, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 –por

2. Objeto

De la propia definición expuesta se colige el objeto de regulación que constituye su contenido: organización, funcionamiento, situaciones jurídicas y relaciones de los sujetos incluidos. Ahora bien –como se anunciaba– el componente normativo de la *función pública* no es unitario ni exclusivamente de índole *iusadministrativa*. Sin embargo, es preciso aclarar que esto no interfiere en la consideración de su especialidad.

El particularismo de la *función pública* debe apreciarse a partir de su existencia misma como institución jurídica –en el sentido expuesto– y sobre la base de un presupuesto constitucional que postule su alcance –a través de los principios que lo informan y establecimiento del sistema de organización elegido–. Luego, la presencia de un estatuto propio es una necesidad derivada de la propia autonomía conceptual y funcional de la *función pública* –como técnica–. Sin embargo, este debe entenderse en dos dimensiones: en un sentido *estricto* y otro *amplio*.

En un *sentido estricto* se compone de lo que pudiera denominarse el estatuto básico –destinado a contener un núcleo de garantías esenciales que aseguren su organización y funcionamiento en pos de la salvaguarda del interés colectivo–. Su contenido incluye –básicamente– la articulación normativa del modelo previsto⁵⁷, las relaciones y situaciones jurídicas del

la consagración normativa del principio de igualdad de acceso a los cargos públicos y su trascendencia para la consideración profesional del ejercicio de funciones públicas–. El segundo, el *Allgemeine Landrecht* (Codificación de 1794) –que determinó los derechos y las obligaciones de los funcionarios alemanes y constituye el primer estatuto para la *función pública* moderna. KAMMERER, A., ob. cit., p. 32, 37 y ss

⁵⁷ Mientras más se aproxime el modelo al sistema de carrera, mayor será la complejidad y uniformidad del cuerpo jurídico. En cambio, si se concreta un esquema tendente al modelo abierto, el ordenamiento jurídico de la *función pública* se hallará más difuso. En el primer caso resulta más claro y amplio su contenido. Además de lo mencionado, puede incluirse: los estatutos específicos, los autónomos –donde proceda– la organización interna de los cuerpos y cuadros de empleo, la articulación de los grados, la organización de la carrera

personal –con énfasis en la relación de servicio y orgánica de los funcionarios públicos y las particularidades de la relación de empleo de estos y del resto de los trabajadores que no ostentan la categoría funcional–. Igualmente, deben incluirse las precisiones correspondientes a la tipología del personal y –en correspondencia– sus derechos y deberes.

Esto último debe concretarse con exclusividad a la relación de servicio –a fin de no generar interferencias con el Derecho del trabajo que se ocuparía de la relación de empleo–. Respecto de ella, el estatuto básico contendría los límites que deben existir –según la especie de personal– a la intervención *iustlaboral*. Lo cual está en consonancia con las prerrogativas de actuación unilateral que tiene la Administración Pública como característica inherente a la *función pública*. Sin perder de vista la exigencia del equilibrio debido en sus relaciones.

Por su parte, cuando se hace referencia a un estatuto en sentido amplio, no solamente se alude al cuerpo normativo básico o general, sino también a los específicos o particulares y a aquellas otras disposiciones jurídicas –legislativas y reglamentarias– que contengan normas atinentes a algún aspecto de su ordenación –sin importar el emisor–. De esta manera, la articulación normativa extra administrativa incluye –en lo fundamental– las esferas laboral y penal –en sus dimensiones sustantivas y adjetivas– o cualquier otra norma sectorial que se refiera a contenidos referentes a la *función pública*.

3. Principales características

Considerando las observaciones previas, puede decirse que el ordenamiento jurídico o el Derecho de la *función pública*, presenta como *características principales*⁵⁸ las siguientes: 1) Es

administrativa, lo relativo al inicio de la relación funcional, la causa de su extinción, los modos de acceso, los sistemas de evaluación, el ascenso, etcétera.

⁵⁸ Su naturaleza como tipo especial dentro del ordenamiento jurídico administrativo, determina que sus características se deriven de las propias peculiaridades del sistema normativo

heterogéneo. Esto se deriva del sentido amplio de estatuto explicado. 2) Es *preeminentemente escrito*. Se trata de una consecuencia de la especial connotación que tiene el principio de legalidad para el Derecho Administrativo –en tanto expresión de la vinculación positiva a que obliga–. 3) Es *técnico* pues se inscribe dentro de la temática general de la organización administrativa con la minuciosidad que implica la gestión organizacional y funcional de tan dispar conglomerado humano. Por lo tanto, la Ciencia de la Administración y los mecanismos técnicos que provee tienen una fuerte presencia en el ámbito normativo de la *función pública*. 4) Es *extenso*. La tendencia a ser un ordenamiento voluminoso es una consecuencia de su heterogeneidad y su proporción estará en correspondencia con el modelo de organización político-administrativa que se adopte –más o menos descentralizado⁵⁹–. 5) Es *dinámico y flexible*. En este entendido, no admite dogmas. Debe ser susceptible de adopción en correspondencia con los cambios evolutivos de la sociedad –sin descuido de la salvaguarda del interés público, el principio de legalidad y de seguridad jurídica.

4. Importancia de una definición normativa de la categoría función pública

Como se ha expuesto, el componente contextual es un elemento que resulta trascendental para la construcción de la noción teórica de *función pública*–en tanto la condiciona–. Esto implica dos precisiones fundamentales a considerar. De un lado, puede aseverarse que intentar siquiera elaborar una definición unitaria de ella puede ser altamente peligroso. Primero por los requerimientos científico-técnicos que la metodología

general del Derecho Administrativo.

⁵⁹ Influye aquí la diversidad de entes administrativos en el contexto de la implementación de esquemas descentralizados como uno de las consecuencias de la creciente intervención estatal en la vida de la comunidad. Esto –de conjunto con ensanchamiento o repliegue de la autonomía normativa local para gestionar sus recursos humanos– determina la mayor o menor extensión del ordenamiento jurídico de la *función pública*.

jurídica exige para tal cometido. Y segundo, porque resulta tan inviable como pudiera ser la pretensión de un modelo universal de organización del Estado.

De otra parte, si la definición que se adopte debe considerar el escenario político y jurídico propio de cada país, puede tener –consecuentemente– determinadas variaciones. Razones estas por las que se ha preferido la elaboración teórica de una *noción* que se construya a partir de elementos de base –en busca de una construcción de aceptación universal–. Esta misión es la que corresponde a la ciencia jurídica.

Sin embargo, prescindir de una definición en los ordenamientos legales es también impensable debido a los problemas sustanciales que puede generar su ausencia –fundamentalmente para la coherencia y funcionalidad del sistema jurídico–. Esto implica que la necesidad de tal definición se concrete necesariamente en el ámbito normativo. Es, por tanto, al legislador a quien corresponde establecerla en correspondencia con aquellos postulados teóricos que sustenten su concepción. Y es a partir de su inserción en cada ordenamiento como definición estipulativa⁶⁰, que la alocución *funcionario público* adquirirá un significado unívoco para ese orden legal y se establecerán –coherentemente– las peculiaridades de su régimen jurídico.

VI. Ideas finales

Sin temor a ser absolutos, puede afirmarse que –con independencia del devenir histórico de la noción de *función pública*

⁶⁰ La definición jurídica constituye una técnica de elaboración de la noción de una institución determinada en cuanto propicia el análisis de los elementos conceptuales, sus conexiones lógicas con otros conceptos, la construcción del razonamiento en un contexto jurídico dado. Una definición estipulativa no es verdadera ni falsa, sino que debe ser considerada como una propuesta o una resolución de usar el *definiendum* de manera que signifique lo que el *definiens* –o como un pedido o como una orden–. En este sentido, tiene un carácter directivo más que informativo. Véase CARRÍO, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973, pp. 57 y ss; BOURCIER, Danièle, "Argumentation et définition en Droit", in *Langages*, 10e année, No. 42, 1976, Paris, pp. 115-124, disponible en <http://persee.fr>

y de los andares tortuosos que ha seguido la articulación de los sistemas actuales— en cualquier escenario es menester continuar considerando —con carácter primordial— la especialidad de esta disciplina en pos de garantizar la satisfacción del interés público como cometido esencial de la Administración Pública. Los principios de eficiencia y eficacia constituyen actualmente pautas sin las cuales el Estado y su Administración perecerían en cualquier intento de promover y ejecutar una gestión sostenible. Sin embargo, no debe perderse de vista, que la Administración Pública no es una empresa como las privadas que conduce su actuación bajo parámetros meramente comerciales de rentabilidad, sino que su razón de existencia está a merced de los intereses colectivos.

Esto conduce a la aplicación particular de las concepciones relativas a la productividad pues, incorporadas a la función administrativa, se redireccionan por cánones muy diferentes a los de la actividad empresarial. La *función pública* no escapa a la necesidad de búsqueda constante del punto de equilibrio que —atemperado a las exigencias socioeconómicas actuales— asegure el mantenimiento de su singularidad histórica como requisito indispensable para procurar la ponderación de los intereses sociales en favor de la gestión pública.

Los principios que sustentan su particularismo no son contrarios a la eficiencia y la eficacia. Los mecanismos económicos son perfectamente compatibles —como herramientas— con la gestión administrativa; la cual no se mide solo en términos de productividad. Hacerlo, despojaría a la acción del Estado del sistema axiológico que le es ajeno a la empresa privada.

La complejidad de las relaciones Estado-sociedad que develan los tiempos corrientes, exige desechar dogmas. Los modelos clásicos de organización de la *función pública* han transitado un tortuoso camino de mutaciones. El fenómeno de mixtura en tal sentido es perceptible e inevitable. Entre ellos se ha manifestado una influencia recíproca que determina la ya desechada posibilidad de encontrar alguno de ellos en estado puro en algún

país. De ese proceso es posible extraer experiencias positivas y negativas; las que deberán tributar a su redimensionamiento integral –que cada Estado deberá implementar en correspondencia con su contexto sociopolítico, económico y jurídico–.

Valga lo antes expuesto –cuanto menos– para promover una recolocación del pensamiento y el debate en función de la reconfiguración de los postulados teóricos y prácticos de la función pública. El modelo requerido debe responder a los requerimientos actuales de una sociedad que espera y exige de su Administración Pública resultados concretos y que lamentablemente sigue identificando una ineficacia patológica en sus mecanismos de organización y gestión.

Bibliografía

- ALESSI Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, traducción de la tercera edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, Bosch, Barcelona, 1970.
- AYOUB, Elliane, *La fonction publique*, Masson, Paris, 1975.
- BARÓN DE MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, *El espíritu de las leyes*, Tomo I, traducido por SIRO GARCÍA DEL MAZO, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906.
- BENEYTO PÉREZ, Juan, *Historia de la Administración española e hispanoamericana*, Ed. Aguilar, Madrid, 1958.
- BLANC, Louis, *La fonction publique*, 2^e édition, Sirey, Paris, 1978;
- BOBBIO, Norberto, *La gran dicotomía público/privado*, traducción de José F. Fernández Santillán, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 2015.
- BOLGAR, Vera, «L'intérêt général dans la théorie et dans la pratique», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 17, No. 2, 1965, Paris, p. 329-363.
- Bouchéné-Lefer, A. G. D., *Droit Administratif français*, Gustave Pissin, Libraire, Paris, 1835.
- BOURCIER, Daniele, “Argumentation et définition en Droit”, in *Langages*, 10^e année, No. 42, 1976, Paris, pp. 115-124, disponible en <http://persee.fr>

- BREWER CARIAS, Alan R., “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 57, 1976, Caracas, pp. 114-135.
- BREWER-CARIAS, Allan Randolph, “El derecho de huelga en el concepto de libertad en el Estado moderno”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Venezuela, No. 21, 1961, Caracas, pp. 251-284.
- BURDEAU, François, *Histoire de l'administration française. Du 18^e au 20^e siècle*, 2^{eme} édition, Montchrestien, Paris, 1994.
- CARRE DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, traducción de José Lion Depetre, 2da edición (2da reimpresión), Fondo de Cultura Económica de México, D.F., 2001.
- CARRIÓ, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973.
- Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003.
- CHEVALLIER, Jacques, «L'intérêt général dans l'administration française», en *R.I.S.A.*, No. 4, 1975, Brussels, pp. 325-350.
- COLMEIRO, Don Manuel, *Elementos de Derecho Político y Administrativo*, Librerías de Don Ángel Callejas Editor, Madrid, 1858.
- De GERANDO, *Institutes du Droit Administratif français*, Tomo I, Palais de Justice, París, 1829.
- DE LA MARRE, Nicolas, *Traité de la Police*, 2e édition, Amsterdam, 1729.
- DE MIGUEL, Raimundo, *Diccionario etimológico latino-español*, 23e, s/e, Madrid, 1974, p.187.
- DELBIOUSQUET, Jules, *De l'organisation des administrations centrales des divers ministères; des droit et devoir des employés*, Hingray, Paris, 1843.
- DOMAT, Jean, *Les Quatre livre du Droit Public 1697*, Centre de philosophie politique et juridique, URA-CNR, Université de Caen, Paris, 1989.

- DUGUIT, LÉON, *Études de Droit Public – I - L'État, le droit objectif et la loi positive*, Ancienne Librairie Thorin et Fils, Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1901.
- , *Las Transformaciones del Derecho Público*, Traducción con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaén, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915.
- , *Manual de Derecho Constitucional, Teoría General del Estado, el Derecho y el Estado, las libertades públicas, organización política*, traducción por José G. Acuña, Segunda Edición Española, Imprenta de sucesores de Revadeneyra S.A, Librería Española y Extranjera Príncipe, 1926.
- , *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome I, *La Règle de Droit - Le Problème de L'Etat*. 3^{ème} édition, Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, Paris, 1927.
- , *Traité de Droit constitutionnel*, Tome II, *La théorie générale de l'État*, 2^{eme} édition, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs, Paris, 1928.
- E. H. de S., *Exposé du Droit Public de L'Allemagne*, J. J. Paschoud Imprimeur-Libraire, Paris, 1921.
- ENGELS, Friedrich., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2006, pp. 117 y ss.
- ERRERA, Paul, *Traité de Droit Public Belge, Droit Constitutionnel-droit Administratif*, V. Giard and E. Brière Éditeurs, Paris, 1909.
- FOUCART, Émile-Victor, *Éléments de Droit Public et administratif, des principes de Droit Public positif*, Tomo I, 4^{eme} édition, A. Maresco et E. Dujardin, Libraires-Editeurs, Paris, 1855.
- FOUGÈRE, Louis, *La fonction publique*, Institu international des Sciences administratives, Bruxelles, 1966.
- GARCÍA-TREVIJANOFOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Volumen I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- GASCÓN Y MARIN, José, *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, Tomo I, 7^{ma} edición revisada, C. Bermejo impresor, Madrid, 1941.
- GAZIER, Francois, *La fonction publique dans le monde*, Cujas, París, 1972, p. 15 y ss.

- GIERKE, Otto Von, *Political Theories of the Middle Age*, 1th edition, Translated by Frederic W. Maitland, LL.D, D.C.L, Cambridge at University Press, USA, 1900, reprinted 1913.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo. I, *Parte General*, 8va Edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003.
- GREGOIRE, Roger, *La Fonction Publique*, Libraire Armand Colin, Paris, 1954.
- HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 2^{me} édition, L. Larose et Forcel Editeurs, Paris, 1893.
- , *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 4^{me} édition, L. Larose et Forcel Editeurs, Paris, 1900.
- HEGEL, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, traducción de Angélica Mendoza de Montero, 5ta Edición, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1968.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, 2da edición, Fondo de Cultura Económica, México, D. F, 1998.
- HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1980.
- JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, Tomo I, traducción de la segunda edición alemana por Fernando de los Ríos Urruti, Librería General de Victoriano Suárez, 1914.
- KAFTANI, Chaterine, *La formation du concept de fonction publique en France*, L.G.D.J., Paris, 1998.
- KAMMERER, A., *La fonction publique d'après la législation allemande*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1898.
- LALOUETTE, M., *Éléments de l'Administration pratique*, Le Normant imprimeur-libraire, Paris, 1812.
- LOCKE, John *Tow Treatises of Government*, Student Edition, Cambridge University Press, London, 1960.
- MACAREL, M., *Cours de droit administratif*, Tome I, première partie, *Organisation et attributions des autorités administratives*, 2eme edition, Libraire de jurisprudence de Plon Fréré, Paris, 1852.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

- MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, 1ra edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949.
- MELLERAY, Fabrice, *Droit de la fonction publique*, 2ème édition, ECONOMICA, Paris, 2010.
- MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985.
- MONTERO Chiner, Maria de Jesús, *La función pública en el federalismo alemán*, INAP, Madrid, 1987.
- MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- NEZARD, Henry, *Éléments de Droit Public, Principes du Droit Public, Droit Constitutionnelle et Droit Administratif*, 3ème édition, Rousseau et Cie., Paris.
- , *Théorie juridique de la Fonction publique*, Editorial Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1901.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, “Algunas precisiones sobre el concepto de policía”, en *Revista de Administración Pública*, No. 81, 1976 pp. 35-75.
- , *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Ed. Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1986.
- OLIVAN, Alejandro, *De la Administración Pública con relación a España*, Nueva Edición, Madrid, 1843, pp. 6 y 7. Véase también, GÓMEZ DE LA SERNA, Don Pedro, *Instituciones del Derecho Administrativo español*, Tomo I, Imprenta de D. Vicente de Calama, Madrid, 1843.
- ORTEGA, Luis, “Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Separata, 26, julio-septiembre, 1980, pp. 423-432.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Derecho Administrativo I, Introducción, Organización administrativa y empleo público*, 23ª edición, OPEN, Madrid, 2013.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Editorial MAP, Madrid, 1995.
- PLANTEY, Alain, *La fonction publique, Traité général*, 2e édition, Litec, Paris, 2001.

- PLANTEY, Alain, *Traité pratique de la fonction publique*, 3^e édition, L.G.D.J., Paris, 1971.
- PRAT, Julio A., “De la función pública. Esquema de derecho comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho y ciencias sociales*, No. 1, año VII, enero-marzo, Montevideo, 1956, pp. 113-192.
- RAGGI, L., “Ancora sulladistinzionetradirittopubblico e dirittoprivato”, en *Rivista italiana per le scienzegiuridiche*, LV, 1915, Milán, pp. 111-172.
- RAMÍREZ MÉNDEZ, Reinaldo, “El derecho de huelga en la función pública francesa (Comentarios en torno a la doctrina y jurisprudencia francesa contemporánea), Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas”, *Anuario*, No. 12, 1981-1982, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida, Venezuela.
- RANELLETTI, Oreste “Il concetto di ‘público’ neldiritto”, en *Rivista italiana per le scienzegiuridiche*, XXXIX, 1905, Milán, pp. 337-354.
- RENAUT, Marie Héléne, *Histoire du droit administratif*, Ellipses, Paris, 2007.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato social*, Imprenta Herederos de Roca, Barcelona, 1836, pp. 74 y ss.
- RUIZ Y GÓMEZ, Julián M., *Principios Generales de Derecho Administrativo. El personal de la Administración Pública. Exposición Doctrinal y de Derecho Positivo y Jurisprudencia cubana*, Cultural S.A, La Habana, 1935.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, 7ma Edición, Tecnos, Madrid, 1996.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, enero/marzo, no. 40 y 41, 1984, Madrid, p. 43-86.
- SANTI ROMANO, *Corso di DirittoAmministrativo*, Sexta Edición, Milán, 1958.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 9na edición puesta al día por Daniel Hugo Martins, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2010.
- SIEYÈS, Emmanuel, *Qu´est-ce le tiers État*, P.U.F, Paris, 1982.

- STERN, Klaus, *Derecho de la República Federal alemana*, traducción parcial del Tomo I por Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- STOLLEIS, Michael, *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600-1800*, traduit de l'allemand par Michel Senellart, PUF, Paris, 1998.
- TOQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, traducción de Jorge Ferreiro, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1996.
- ULPIANO, *Instituciones*, Libro I, Título I, 4, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos KRIEGEL, HERMANN Y OSENBRÜGGEN, por D. Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL, Primera Parte, *Instituta-Digesto*, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, 1889.
- VERNANT, J. Pierre, *Les origines de la pensée grecque*, 12eme édition, PUF, Paris.
- VIVIEN, M., *Études administratives*, Guillaumin Libraire, Paris, 1845.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002.

Rescatar al consumidor sobre endeudado para la reactivación y crecimiento con equidad de la Argentina

Rescuing the consumer in debt for the reactivation and growth with equity of Argentina.

Resgatando o consumidor em dívida pela reativação e crescimento com patrimônio da Argentina.

Sauvetage du consommateur endetté pour la réactivation et la croissance avec équité de l'Argentine

通过阿根廷股权重新激活负债消费者以恢复和增长

Hernán Albisu¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 176-208

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e273>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9983-9348>

Recibido: 17/02/2019

Aprobado: 25/04/2019

Resumen: El trabajo aborda el problema del consumidor sobreendeudado, que está en un estadio anterior a la insolvencia o cesación de pagos. Los primeros escalones son, normalmente, el pago a cuenta de deudas, compromisos sobre su renta actual o futura que, aunque estén siendo abonados generan la caída en el nivel de vida, para terminar desembocando finalmente —ahí sí— en la insolvencia y la cesación de pagos. Esta situación se genera cuando el consumidor seducido por las líneas de crédito y la consecuente publicidad llega a endeudarse a niveles que comprometen sus posibilidades de pago y, de esta forma, se configura un

¹ Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Diplomado en DESC (UM). Maestrando en Derechos Humanos (IDH-UNLP). mail: ezequielrgalvan@gmail.com .

exceso de deuda en donde la responsabilidad de los dadores de crédito aparece configurada. Existe un nuevo estilo de vida consumista que propone la gratificación del presente versus la financiación futura y, por otra parte, se han modificado las bases económicas de los consumidores. Ahora bien, cuando la persona advierte su nivel de endeudamiento, que sobrepasa su capacidad económica, deviene la situación de crisis y la necesidad de reestructurar sus deudas. Concluye que donde hay pobreza y hambre no hay mercado. Donde no hay mercado, no hay inversión. Donde no hay inversión, no hay empleo. Concluye que se debe ayudar al saneamiento de la situación del consumidor sobreendeudado, y permitirle volver a niveles de vida dignos, van en la dirección correcta para aportar a la reactivación y crecimiento con equidad que necesita nuestro país.

Palabras claves: Consumidor. Endeudamiento. Derechos

Abstract: The paper addresses the problem of the over-indebted consumer, who is in a stage prior to insolvency or default. The first steps are usually the payment on account of debts, commitments on their current or future income that, although being paid, generate the fall in the standard of living, eventually leading to insolvency and cessation of payments. This situation is generated when the consumer seduced by the lines of credit and the consequent advertising becomes indebted to levels that compromise their payment possibilities configuring an excess of debt where the responsibility of the credit providers appears configured. There is a new consumerist lifestyle that proposes the gratification of the present versus future financing and, on the other hand, the economic bases of consumers have been modified. Now, when the person notices his level of indebtedness, which surpasses his economic capacity, the crisis situation becomes and the need to restructure his debts. He concludes that where there is poverty and hunger there is no market. Where there is no market, there is no investment. Where there is no investment, there is no employment. He concludes that we must help to clean up the situation of the over-indebted consumer, and allow him to return to decent living standards, they are going in the right direction to contribute to the reactivation and growth with equity that our country needs.

Keywords: Consumer. Indebtedness. Rights

Resumo: O trabalho aborda o problema da sobre-endividados consumidor, que é está em um estado anterior à insolvência ou padrão. Os primeiros passos são, normalmente, o pré-pagamento da dívida, compromissos sobre sua renda atual ou futuro que, embora estão sendo pagos geram a queda no nível de vida, para terminar ao final na insolvência e a cessação de pagamentos. Esta situação é gerada quando o consumidor seduzido por linhas de crédito e a consequente publicidade alcança a endividar-se a níveis que comprometem sua capacidade de pagamento e, assim, se configura o endividamento excessivo onde a responsabilidade do prestadores de crédito aparece configurada. Há um novo estilo de vida consumista que propõe a gratificação do presente versus o financiamento futuro e, por outro lado, foram modificadas as bases econômicas dos consumidores. Agora bem, quando a pessoa vê a sua dívida, o que excede a sua capacidade econômica, a situação de crise se torna e a necessidade de reestruturar suas dívidas. Conclui que onde há pobreza e fome não há mercado. Onde não há mercado, não há investimento. Onde não há investimento, não há emprego. Conclui que deve-se ajudar ao saneamento da situação do consumidor super-endividado, e permitir-lhe retornar ao nível de vida digno, vai na direção certa para contribuir a reativação e crescimento equitativo que nosso país precisa.

Palavras-chave: Consumidor. Endividamento. Direitos.

Résumé: Dans cet article, nous analysons le problème du consommateur surendetté, qui se trouve dans une phase précédant l'insolvabilité ou la cessation des paiements. Les premières étapes sont, normalement, le paiement sur compte de dettes, engagements sur les revenus actuels ou futurs qui, bien qu'ils soient payés, entraînent la baisse du niveau de vie, conduisant finalement à l'insolvabilité et au défaut. Cette situation est générée lorsque le consommateur séduit par les lignes de crédit s'endette à des niveaux compromettant sa capacité de paiement. De cette façon, un excès de dette est configuré lorsque la responsabilité des créanciers apparaît configurée. Il y a un nouveau style de vie du consommateur qui propose la gratification du présent contre le financement futur et d'autre part, les bases économiques des consommateurs ont été modifiées. Lorsque la personne s'aperçoit que son niveau d'endettement dépasse sa capacité économique, elle devient une situation de crise et la nécessité de restructurer ses dettes. Là où il y a pauvreté et faim, il n'y a pas de marché, où il n'y a pas de marché, il n'y a pas d'investissement. Là

Rescatar al consumidor sobre endeudado para la reactivación... | **Hernán Albisu**

où il n'y a pas d'investissement, il n'y a pas d'emploi. Il doit contribuer à améliorer la situation du consommateur surendetté lui permettant de retrouver un niveau de vie décent. Cette aide contribue à la réactivation et à la croissance avec l'équité dont notre pays a besoin.

Mot-clés: Consommateur-Endettement-Droits.

摘要: 该工作解决了负债过重的消费者问题, 该问题处于破产或停止支付之前的阶段。第一个步骤通常是债务的预付款, 其当前或未来收益的承诺, 即使他们仍然订户产生生活水平的下降, 最终导致终有自己变成破产和戒烟付款出现这种情况时, 通过信贷额度和随之而来的宣传诱惑消费者进入债务水平是影响其支付, 因此过度负债设置到出现度外信用责任能力配置。有由当前与未来的融资和, 在另一方面, 满足提出了一个新的消费生活方式, 改变了消费者的经济基础。现在, 当人看到它的债务, 这超出了其经济承受能力, 成为危机和需要重组其债务。结论是, 贫穷和饥饿在没有市场。没有市场的地方就没有投资。没有投资的地方就没有就业机会。它的结论是应该帮助的情况有所改善, 并让他返回到体面的生活水平, 走在正确的方向, 以促进我们的国家需要恢复和公平的增长。

关键字: 消费者。负债。责任

I. Introducción

La sociedad capitalista vive por la búsqueda de lucro y por el consumo. El consumo es fomentado por todos los medios y se incentiva y enaltece cualquiera fuere la capacidad de pago del consumidor.

El mercado y en él, las grandes corporaciones, se valen de la publicidad para crear necesidades, y además, se otorgan múltiples modalidades de operaciones de crédito para la adquisición de bienes y servicios.

Uno de las características contemporáneas de la comercialización, es que se establece una subordinación estructural del consumidor con relación a las empresas que, en la práctica, se traduce en contratos de adhesión o con cláusulas predisuestas, en donde no existe posibilidad alguna de negociación.

Por eso, con una economía de mercado que se encuentra en manos de los sectores de las corporaciones que fijan los precios y las condiciones de comercialización a las que nos vemos sometidos, las prácticas comerciales que estas llevan adelante, se vuelven muchas veces abusivas con las consecuencias nocivas para el consumidor.

De tal modo, el consumidor seducido por las líneas de crédito y la consecuente publicidad llega a endeudarse a niveles que comprometen sus posibilidades de pago y, de esta forma, se configura un exceso de deuda en donde la responsabilidad de los dadores de crédito aparece configurada.

Existe un nuevo estilo de vida consumista que propone la gratificación del presente versus la financiación futura y, por otra parte, se han modificado las bases económicas de los consumidores. Ahora bien, cuando la persona advierte su nivel de endeudamiento, que sobrepasa su capacidad económica, deviene la situación de crisis y la necesidad de reestructurar sus deudas.

En ese contexto, el sobreendeudamiento del consumidor constituye un fenómeno totalmente distinto a la de la crisis de la empresa y hoy carece de encuadramiento normativo específico en nuestro país.

El consumidor es un deudor que no tiene activos o, si los tiene, son mínimos. Su capacidad económica es la de generar ingresos con su trabajo y los bienes comprometidos son los indispensables para una vida digna².

II. Radiografía de un consumidor sobreendeudado

Daniel tiene 51 años, es empleado municipal en la comuna de un partido del interior de la Provincia de Buenos Aires desde

² JUNYET BAS, Francisco, EN TORNO A LAS ALTERNATIVAS DE SANEAMIENTO PARA EL DEUDOR SOBREENDEUDADO. A propósito de la descarga del pasivo del consumidor y un procedimiento específico que habilite una segunda oportunidad para su reinserción socioeconómica y por ende, para una vida digna. Pags 3-4. https://www.institutoiberoamericanoderechoconcurasal.org/images/eventos/congreso_uruguay/trabajos_investigacion/otros/Junyent%20%20sobreendeudamiento%2019%20de%20Abril%202017.pdf

Rescatar al consumidor sobre endeudado para la reactivación... | **Hernán Albu**

el año 1989. Tiene 7 hijos, a los que con mucho esfuerzo y sacrificio les trató de dar la mejor vida y educación posible.

Desde hace 10 años aproximadamente tuvo que recurrir a métodos de financiamiento informales para subsistir, no pudiendo hacer más frente a ellos, atento al aumento del costo de vida (tarifas de servicios públicos, alimentación básica, vestimenta, educación, salud, esparcimiento) y el incremento en los intereses de cualquier medio de financiación (tarjeta de crédito, préstamos personales, etc.). Sumando a ello aumentos salariales que, como es de público conocimiento, no llegan a compensar con sus incrementos los mayores costos aludidos, fundamentalmente en los últimos 3 años.

Para poder afrontar tales obligaciones se vio en la necesidad de realizar horas extras (149 por mes) no teniendo ni fines de semana ni feriados, trabajando de lunes a lunes 10 horas por día.

Sin importar los esfuerzos realizados no puede hacer frente a sus obligaciones. Por eso le es imposible abonar las deudas reclamadas y las convenidas, ya sea por embargos judiciales, descuentos directos de sus haberes, códigos de descuento o descuento directo en su cuenta bancaria. De un sueldo neto de bolsillo de \$21.000, le descontaban \$14.500, afrontando el resto del mes con solo \$6500 para mantener a su familia.

Lo expuesto obligó a incurrir en un financiamiento fuera de la plaza bancaria para pagar los intereses de las deudas convenidas y los gastos mensuales de una familia numerosa y humilde.

Estas prácticas lo fuerzan a pagar tasas de interés a cifras incalculables y él -como consumidor/trabajador- se vio encerrado en un círculo vicioso que solo logró endeudarlo más día a día.

Para Daniel, prolongar la presentación de su propia quiebra era dilatar la agonía que él venía padeciendo y que padecen hoy en día muchos asalariados.

La situación se agrava en el sentido que no tiene margen para trabajar más horas y cumplir con sus obligaciones.

Tampoco, en un análisis realista de la situación económica que atraviesa nuestro país, fundamentalmente en lo referido al mercado laboral -y el mercado de bienes y servicios en general- le permiten mediante el trabajo autónomo, poder incrementar sus ingresos.

Por eso en este caso puntual y como es el caso de miles de personas trabajadoras, no teniendo una mejor expectativa de poder cumplir con sus deudas, sin dejar de brindarle lo mínimo e indispensable a su familia para su subsistencia, no encontró otra salida que el pedido de su propia quiebra.

III. ¿Qué es el sobreendeudamiento?

No hay consenso entre los especialistas que nos dé una única definición de lo que es el sobreendeudamiento. Esto es así quizás por su cercanía o similitud con la insolvencia y la cesación de pagos, presupuesto fundamental que activa la aplicación de la ley concursal en nuestro país³. Pero no obstante ello, no son lo mismo.

El ante proyecto de Ley de Defensa del Consumidor elaborado por especialistas para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que seguramente tendrá tratamiento en el Congreso durante este año 2019, define al sobreendeudamiento del consumidor “...como la situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad, que compromete el acceso y el goce de bienes esenciales”⁴

El consumidor sobreendeudado, está en un estadio anterior a la insolvencia o cesación de pagos. Los primeros escalones

³ Artículo 1 Ley 24.522 de Concursos y Quiebras (LCQ) “El estado de cesación de pagos cualquiera sea su causa y la naturaleza de sus obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de los dispuesto por los artículos 66 y 69”

⁴ https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/Anteproyecto-Ley-Defensa-del-Consumidor-_VFD_.pdf

son, normalmente, el pago a cuenta de deudas, compromisos sobre su renta actual o futura que, aunque estén siendo abonados generan la caída en el nivel de vida, para terminar desembocando finalmente –ahí sí– en la insolvencia y la cesación de pagos (Tal como vimos en la historia de Daniel).

El sobreendeudamiento implica un cumplimiento forzado de las obligaciones, con un gran desgaste, pero cumplimiento al fin. La insolvencia significa el fin de esta situación y su incumplimiento⁵.

Es difícil definir precisamente el concepto por las dificultades que genera, entre otras, establecer cuando el endeudamiento es parte de una operación regular o normal para acceder al mercado de bienes y servicios, y cuando se transforma en una situación no deseada y crítica, perjudicial para el propio consumidor y para el sistema. La cuantificación del endeudamiento es una fuente de divergencia⁶ que no permite una única definición del sobreendeudamiento a pesar de algunos intentos por identificar fórmulas o modelos para medirlo⁷.

III.1 Sobreendeudamiento activo y sobreendeudamiento pasivo

Lo que es quizás más fácil de esquematizar es la forma en la que llega un consumidor al sobreendeudamiento. Identificando una forma activa y otra pasiva.

Se considera sobreendeudamiento activo a aquel donde el particular acude al financiamiento y se endeuda en exceso. El deudor contrae más obligaciones de las que puede afrontar.

⁵ Anchaval, Hugo, *Insolvencia del Consumidor*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 31.

⁶ Ver Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia” en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2008.044.01.0074.01.SPA

⁷ En el trabajo titulado “Study of the Problem of Consumer Indebtedness: Statistical Aspects” se identifican *tres fórmulas o modelos para medir el sobreendeudamiento*: el modelo administrativo, el modelo subjetivo y el modelo objetivo. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.183.3320&rep=rep1&type=pdf>

El sobreendeudamiento pasivo es el que se desencadena como consecuencia de hechos posteriores al nacimiento de las obligaciones del deudor y por causas no imputables al particular afectado.

Si bien esta clasificación binaria sirve para graficar diferentes situaciones, la vida real nos muestra que el consumidor cae con mucha frecuencia por una retroalimentación de ambos tipos.

Sin ir más lejos, las crisis sistémicas son grandes productores de diversas catástrofes sociales, entre las que se encuentran el endeudamiento y el empobrecimiento de la población.

En esos marcos de crisis, las decisiones de las empresas y los gobiernos golpean en la economía de las personas y las familias, directamente en las provisiones presupuestarias que tenían previamente, en la disponibilidad de los recursos, en su capacidad de gestión frente al riesgo sobreviniente, en la conservación del ahorro y en el regular cumplimiento de los compromisos asumidos con anterioridad⁸.

La actualidad de nuestro país es una clara muestra de ello. Algunas medidas o situaciones que vemos hoy en día:

- Despidos en el sector público y privado
- Reducción o recorte de salarios
- Implementación de políticas monetarias y cambiarias que afectan el poder adquisitivo de la moneda (devaluación).
- Marcada pérdida del poder adquisitivo del salario con respecto a la inflación.

En un reciente artículo del diario La Nación titulado “*Crece la cantidad de usuarios que toman préstamos para pagar los aumentos de tarifas*”⁹ se puede ver con claridad como las

⁸ Ver JPAZE, María Belén, Sobreendeudamiento del Consumidor: remedios preventivos y de saneamiento, Bibliotex, San Miguel de Tucumán, 2016, pags. 34-36.

⁹ Ver TERRILE Sofía, en <https://www.lanacion.com.ar/2218973-crece-la-cantidad-de-usuarios-que-toman-prestamos-para-pagar-los-aumentos-de-tarifas>

decisiones del Estado en materia de energía y combustibles dan de lleno en la economía doméstica de los consumidores, impidiéndoles cubrir erogaciones indispensables como los servicios básicos con su ingreso corriente. Dice el mencionado artículo *“En el último trimestre de 2018, la fintech (empresas que mezclan finanzas y tecnología) de pago digital y préstamos personales Moni verificó un aumento del 45% en la cantidad de préstamos solicitados para pagar servicios en comparación con el mismo período del año anterior. El monto promedio que pidieron los usuarios fue de \$2750 a una tasa nominal anual (TNA) del 65% -a ese porcentaje hay que sumarle otros gastos para obtener el costo financiero total (CFT)- y una comisión por uso de la plataforma, que en el caso de los préstamos es de \$500, aproximadamente... En general, son empleados en relación de dependencia que reciben un salario de \$32.000 mensuales, por encima del ingreso medio. Según el Indec, en el tercer trimestre de 2018, al menos la mitad de los trabajadores asalariados ganaba sueldos mensuales por debajo de los \$15.000.”*

En un lúcido análisis político de la actualidad de este tema, Mónica Peralta Ramos expresa *“...este gobierno (en referencia al del Ing. Mauricio Macri) ha transformado a la energía en el campo de importancia estratégica para que un puñado de grandes corporaciones absorban masivamente los ingresos de la población, el excedente económico y la riqueza acumulada en el país. Los precios de las tarifas y de los combustibles afectan directamente todo lo que se produce y consume en las sociedades modernas. Controlar la producción de energía y dolarizar sus precios implica apropiarse de la gallina y de los huevos de oro que produce. Esto ha derivado en un tarifazo constante y sin límites...el tarifazo inunda a la estructura productiva, golpea a las empresas y a la población, y genera nuevo endeudamiento a fin de afrontar un costo mensual que no puede ser solventado con salarios, ingresos y rentabilidad cada vez más deteriorados. El pago en cuotas de tarifas cada vez más onerosas y el crecimiento exponencial de los intereses de esta deuda acumulada hacen del tarifazo un vehículo del*

endeudamiento financiero de los sectores más vulnerables de la población".¹⁰

Definitivamente, a nuestra población, hoy en día, hay que darle una posibilidad de salida a la asfixia generada por el endeudamiento doméstico que fue generado por situaciones externas a su voluntad, con las cuales nada tuvieron que ver, ni pudieron incidir en ellas.

IV. Tratamiento Legal al consumidor sobreendeudado en la actualidad Argentina. Un régimen costoso y engorroso que no incentiva la presentación de soluciones

Ahora bien, tomando de ejemplo o caso puntual el de una persona como Daniel, con su realidad y contexto económico descripto, ¿Que herramientas le brinda nuestro ordenamiento para intentar solucionar sus problemas y a la vez subsistir dignamente?

En nuestro país, el régimen concursal comprende a todos los deudores en estado de cesación de pagos; personas jurídicas (sociedades comerciales, asociaciones sin fines de lucro, entidades mutuales, etc.) y personas físicas (empresarios y no comerciantes, profesionales liberales, cuentapropistas, asalariados, jubilados, amas de casa, etc.). Específicamente la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras dedica dos artículos específicos a la figura de los "Pequeños Concursos y Quiebras" que es en la Argentina, la única vía posible para intentar superar la situación de insolvencia de los consumidores.

El artículo 288 de la norma dice: "*Concepto. A los efectos de esta ley se consideran pequeños concursos y quiebras aquellos en los cuales se presente, en forma indistinta cualquiera de estas circunstancias:*

- 1. Que el pasivo denunciado no alcance el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos vitales y móviles.*

¹⁰ Ver PERALTA RAMOS, Mónica, "Usura, Tarifazo y Geopolítica" en <https://www.elcohetalaluna.com/usura-tarifazo-y-geopolitica/>

2. *Que el proceso no presente más de veinte (20) acreedores quirografarios.*

3. *Que el deudor no posea más de veinte (20) trabajadores en relación de dependencia sin necesidad de declaración judicial”.*

Y agrega el artículo 289: “*Régimen aplicable. En los presentes procesos no serán necesarios los dictámenes previstos en el artículo 11, incisos 3 y 5, la constitución de los comités de acreedores y no regirá el régimen de supuestos especiales previstos en el artículo 48 de la presente ley. El controlador del cumplimiento del acuerdo estará a cargo del síndico en caso de no haberse constituido comité de acreedores. Los honorarios por su labor en esta etapa serán del 1% (uno por ciento) de lo pagado a los acreedores”.*

Es casi unánime la crítica de los autores a este capítulo de la ley, ya que, como indican solo se limitaron a bautizarlos sin fijar un procedimiento que aligerase los pasos que hacen al trámite común en materia concursal, ya que por más pequeña que sea la quiebra o pequeño el concurso, tramitará como el régimen común.¹¹

Las diferencias del trámite indicadas en el art. 289 de la LCQ, no son significativas por lo que la duración del proceso, los requisitos de presentación, la publicación edictal, el régimen de insinuación y revisión de créditos, sus accesorios, los principios concursales, las tasas tributarias, los funcionarios concursales y sus honorarios, el mecanismo de obtención de mayorías, los **supuestos de quiebra** indirecta, el régimen de los hipotecarios y muchísimos otros institutos tiene aplicación similar, sin distinguir pequeños y grandes concursos.¹²

Como veremos seguidamente, me animo a decir que para los operadores que deberían intervenir en este tipo de procesos

¹¹ MAFFIA, Osvaldo J., La Ley de Concursos comentada, T II, Lexis Nexis, BA, Buenos Aires, 2002, p. 373.

¹² JUNYET BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A., Facultades del Juez concursal, Advocatus, Córdoba, 2004, pag 280.

judiciales, no hay ningún tipo de incentivo real que provoque su actuación constante. Y esto es así porque, como veremos, este tipo de quiebras normalmente finalizan en lo que la Ley denomina *clausura por falta de activo*¹³. Cuando ese deudor quebrado es un consumidor que no tiene bienes como propietario y su único ingreso es el salario o una jubilación, normalmente no quedan luego de la verificación de créditos, recursos para pagar los gastos del proceso.

Ergo, el consumidor sobreendeudado quedará desprotegido y a merced de los actores del mercado financiero.

Ahora bien, supongamos que el consumidor sobreendeudado logra vencer los obstáculos sistémicos y logra el patrocinio de un abogado ¿Qué sucede en la práctica cotidiana con su quiebra?

Veremos que al Consumidor sobreendeudado, cuando quiebra y entra en el proceso falencial, le ocurre lo siguiente:

- Pierde la capacidad de administrar y disponer sus bienes (y los que adquiera hasta la rehabilitación), que quedan en manos del síndico sorteado por el juzgado, hasta el momento de la rehabilitación (un año desde la sentencia de quiebra) (artículos 107 y 109 LCQ).

La ley establece excepciones a los bienes sobre los cuales se pierden estas facultades (artículo 108 LCQ), principalmente: Los derechos no patrimoniales; los bienes inembargables; Como por ejemplo la parte del sueldo que no es embargable (hasta un salario mínimo vital y móvil -actualmente \$12.500-, un 10% cuando no excede al doble del salario mínimo y vital y hasta un 20% cuando lo excede, según el artículo 1 del Decreto 484/87 y artículo 120 y 147 de la Ley de Contrato de Trabajo); o el inmueble destinado a vivienda

¹³ Artículo 232 1er parr., Ley 24.522 de Concursos y Quiebras (LCQ) “Debe declararse la clausura por falta de activo, si después de realizada la verificación de los créditos, no existe activo suficiente para satisfacer los gastos del juicio, incluso los honorarios, en la suma que prudencialmente aprecie el juez”

constituido como bien de familia por deudas anteriores a dicha constitución (arts. 242, 244, 246, 249 CCyCN).

– Se levantan todos los embargos en el salario y todas las retenciones bancarias sobre el mismo (es posible que esto lo sea con los límites vistos). El levantamiento de todas las retenciones o embargos es debido a la ineficacia de los pagos hechos por el fallido, con posterioridad a la declaración de quiebra (art. 109, LCQ) y la orden judicial a terceros para que entreguen los bienes del fallido al síndico (art. 88, inc. 3º, LCQ), la incautación correspondiente (art. 177, LCQ) y el carácter de bien exento del desapoderamiento del salario (art. 108, inc. 7º, LCQ))

– Se declara su inhibición general en todos los registros de bienes

¿Cómo afecta a los acreedores?

– Limita la posibilidad del cobro por toda deuda anterior a la quiebra a lo producido con la liquidación de los bienes disponibles, y solo los acreedores que se presenten a probar su crédito (artículo 15 y 126 LCQ)

– Vencen los plazos de todas las deudas, volviéndose exigibles (artículo 128 LCQ)

– Se suspende el cobro de intereses (artículo 129 LCQ)

– Todos los juicios abiertos o los que se puedan iniciar referidos a derechos patrimoniales, siguen su trámite o deben iniciarse ante el juez de la quiebra (artículo 132 LCQ)

– Solo van a cobrar los acreedores, luego de cubiertos todos los gastos de honorarios y del propio proceso y según sus privilegios, aquellos sin privilegios cobran todos por igual de la suma conseguida con la liquidación.

Como en cualquier caso normado por la LCQ, la quiebra la pueden pedir los acreedores. Normalmente no lo hacen, ya que los gastos y los beneficios de este pedido no los favorecen cuando estamos ante pequeños deudores. Prefieren usualmente recurrir a la ejecución de distintos instrumentos en juicios

rápidos (usualmente pagarés en juicios ejecutivos), así como a los descuentos en las cuentas bancarias.

En lo central, la quiebra puede pedirla el propio deudor, cuando se encuentra en un estado de cesación de pagos. La ley requiere de un hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones (art. 78 LCQ), brindando casos posibles (art. 79 LCQ) (El propio reconocimiento del deudor, la falta de pago a tiempo de las deudas, la ausencia del deudor sin dejar persona a cargo de los pagos, la venta de los bienes del deudor a precios mínimos, ocultación de los bienes o entrega de bienes en lugar de dinero -cuando la obligación sea de dinero- o recurrir a medios ruinosos o fraudulentos para obtener recursos)

La quiebra se cierra cuando se liquidan todos los bienes del deudor y con esa suma se paga cuanto sea posible de los honorarios, gastos y deudas. Normalmente en el caso de los consumidores, como vimos, la quiebra se clausura por falta de activo (art. 236 LCQ).

Luego de esto, el deudor no tiene obligación de pago sobre el remanente de las deudas que no se hayan podido pagar.

Transcurrido un año desde la sentencia de quiebra, el deudor vuelve a estar habilitado a disponer de sus nuevos bienes y tiene todas sus facultades (artículo 236 LCQ).

V. La experiencia comparada en el tratamiento del sobreendeudamiento y el concurso o quiebra del consumidor

Voy a tomar los ejemplos de Francia y Estados Unidos (6ta y 1era economía del mundo por su PBI, respectivamente) para ver como resuelven esta situación en esos países. Por diferentes caminos -en Francia hay un sistema mixto administrativo-judicial y en Estados Unidos se hace un proceso íntegramente judicial con juzgados especializados en bancarrota- ambos tratan con especificidad la situación particular del consumidor

sobreendeudado, brindándole herramientas para poder salir de la misma.

V.1. Francia¹⁴

El Derecho francés tiene un modelo propio para regular el fenómeno del sobreendeudamiento.

Frente a la constatación de dicha circunstancia, el ordenamiento francés ofrece vías y procedimientos de saneamiento diferentes según el tipo de deudor afectado.

Los comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes, en situación de endeudamiento excesivo, deben transitar el procedimiento judicial. Esta regulación se orienta a rescatar a los emprendedores, profesionales y empresas de la situación de ahogo económico y financiero para su rehabilitación en el mercado.

Esta vía de saneamiento, puede permitir al profesional o empresario o compañía deudora, reorganizar la actividad comercial o productiva, contar con un escenario de conciliación con los acreedores, acordar con ellos la cancelación del pasivo y mantener las fuentes de trabajo.

En el caso de los consumidores, la regulación se incorporó al Código de Consumo (“Code de la Consommation”) con un título especial dedicado al tratamiento de la situación de endeudamiento de los particulares, donde se consagran soluciones para sanear su situación de endeudamiento excesivo. La regulación encara vías alternativas de superación y rehabilitación.

El código define su ámbito de aplicación a partir de requisitos subjetivos y objetivos. Debe tratarse de una persona física (excluyendo, a las personas jurídicas) y deudor de buena fe. Desde lo subjetivo, se define también en sentido negativo. No

¹⁴ Ver JAPAZE, María Belén, *Sobreendeudamiento del Consumidor: remedios preventivos y de saneamiento*, Bibliotex, San Miguel de Tucumán, 2016, pags. 75-80

debe ser ni comerciante, ni artesano, ni profesional, salvo que se trate de un endeudamiento que proceda de pasivos ajenos a esa actividad productiva o profesional.

Los requisitos objetivos se centran en la noción de sobreendeudamiento, que la ley caracteriza como “la imposibilidad manifiesta de hacer frente al conjunto de deudas no profesionales exigible y a vencer...”.

Este cuadro de situación puede presentar alternativas diversas y diferentes serán también las soluciones previstas por la ley. El deudor en situación remediable tendrá determinadas herramientas a su alcance y el deudor en una situación irremediablemente comprometida, otras mucho más acotadas.

La normativa francesa de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento contenida establece dos procedimientos diversos:

A. El *redressement* (rehabilitación) es un procedimiento al que puede acudir el deudor que se encuentra en una situación remediable, a desarrollarse en el ámbito administrativo y por ante la Comisión de Sobreendeudamiento creada a ese fin.

Se trata de un órgano de naturaleza administrativa, de composición mixta, en el que están presentes un representante del Estado en el Departamento (que actúa como Presidente), un tesorero-pagador general, un representante de los servicios fiscales, (es decir, de la Administración tributaria), otro del Banco de Francia (que actúa como Secretario) y dos, respectivamente, de entidades de crédito e inversión y de asociaciones familiares y de consumidores (escogidos ambos por el representante del Departamento de entre los propuestos por éstas). En cada Departamento existe al menos una Comisión, siendo competente territorialmente para conocer de este procedimiento la sita en el domicilio del deudor.

En ese marco y bajo la conducción del organismo mencionado se ofrece un escenario de actuación propicio para la búsqueda de soluciones ajustadas a la concreta situación del

particular afectado. El procedimiento diseñado prevé un trámite en el que se abren puertas sucesivas. La Comisión de Sobreendeudamiento verifica los requisitos del caso, declara la apertura del procedimiento, dispone la notificación de los acreedores, hace una estimación del porcentual necesario para la manutención del grupo familiar del deudor, convoca para informar acerca del estado patrimonial del deudor y crea las condiciones para arribar a una solución consensuada sobre la base de un plan de pagos. En caso de que esta propuesta no alcance el consenso deseable entre consumidor y acreedores, se abre una nueva alternativa. La Comisión de Sobreendeudamiento está habilitada, ante el fracaso de la instancia conciliadora, a formular recomendaciones o disponer la adopción de medidas tales como la suspensión de las ejecuciones (salvo alimentarias), escalonar el pago de la deuda o parte de ella, imputar pagos al capital primero y luego a los intereses, reducir la tasa de interés acordada, etc., y el juez procederá a analizar las medidas peticionadas y el plan de pagos propuesto para rechazarlo o bien homologarlo. En esta última hipótesis el plan de saneamiento resulta obligatorio para los acreedores denunciados por el consumidor y para los que sin haber sido denunciados, fueron notificados y convocados por la Comisión de Sobreendeudamiento.

B. El *retablisement personel* (recuperación personal) del deudor es un procedimiento que tramita en el ámbito judicial, por ante un juez de ejecución, destinado al deudor que se encuentre en una situación irremediamente comprometida. Está previsto por la ley para el supuesto en que resulta imposible o ineficaz transitar el procedimiento administrativo. Esta vía judicial tiene por finalidad la liquidación del patrimonio personal del deudor. Recibida la solicitud, el tribunal cita al deudor y sus acreedores a efectos de ofrecer información y dar inicio al procedimiento. Esta resolución implicará la suspensión inmediata de los juicios ejecutivos individuales que estuvieran en trámite, con la sola excepción de aquéllas ejecuciones

destinadas a obtener el cumplimiento de deudas provenientes de obligaciones alimenticias.

El juez interviniente debe valorar los bienes y determinar el pasivo del deudor. Con los antecedentes aportados, el juez puede decretar la liquidación de la totalidad de los bienes embargables, designando un martillero para ello.

Entre los bienes exentos, o de carácter inembargable, destacan las cosas muebles que integran el hogar y que se estimen necesarios para el diario vivir del deudor y los bienes necesarios para el desempeño de su profesión u oficio. Si los fondos obtenidos con el proceso son suficientes para realizar el pago de las obligaciones, el juez resolverá cerrar el procedimiento. No obstante resultar insuficientes para cubrir el pasivo, si lo estimara procedente –a la luz de la buena fe del deudor–, el juez también puede declarar la clausura del procedimiento y la exoneración de las deudas insatisfechas, con excepción de las expresamente previstas.

V.2. *Estados Unidos*¹⁵

El llamado modelo de *fresh start* o *volver a empezar* que se utiliza en los Estados Unidos, pone el énfasis en esta segunda oportunidad, que se le ofrece al consumidor sobreendeudado para recuperarlo lo antes posible para la actividad económica y de consumo. Se considera que una función básica de los procesos de quiebra es atender a los mercados de crédito, propiciando que el acceso sea fácil y abierto, al igual que la salida de los mismos.

Bajo este sistema se entiende que toda la sociedad se beneficia de la liberación del deudor, en tanto, exonerado de su pasivo pendiente, ésta recupera un miembro que puede ser productivo para la sociedad. Es la denominada teoría de la utilidad social o teoría humanitaria. *Cuando un hombre honesto tiene*

¹⁵ CUENA CASAS, Matilde, *Fresh Start y Mercado Crediticio*, en http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf.

mala suerte y quiebra financieramente, la sociedad no gana nada manteniéndolo hundido y, sobre todo, ello no beneficia a los acreedores puesto que de igual manera no van a ver satisfechos sus créditos por cuanto la supervivencia de sus derechos de crédito bloquea la capacidad productiva del deudor y por tanto, la posibilidad de cobro por parte de aquéllos.

La normativa concursal norteamericana¹⁶ se ofrece en el título 11 de las leyes federales (U.S. Code). Se trata de un régimen unificado, abarcativo de todas las soluciones frente a la insolvencia, sea que afecten a los particulares y sus economías domésticas o al sector empresario. Concretamente, respecto de las personas físicas, la regulación propone cuatro tipos de procedimientos bajo el U.S. Bankruptcy Code: a.- el capítulo 7 relativo a la liquidación; b.- el capítulo 11, relativo a la reorganización de los créditos; c.- el capítulo 12, relativo a las explotaciones agrarias o pesqueras familiares con ingresos regulares; y d.- el capítulo 13 relativo a personas físicas con ingresos regulares. No obstante el catálogo de opciones, los capítulos 7 y 13 fueron siempre las alternativas transitadas por los particulares en crisis por deudas propias del consumo moderno.

En el primero de ellos (Capítulo 7, de la liquidación)¹⁷, el deudor que lo promueve, debe presentarse ante el juez correspondiente, peticionar la apertura del procedimiento, indicar con precisión su estado patrimonial -con detalle de sus bienes y deudas-, beneficiándose automáticamente con la paralización de todas las acciones de cobro que se hubieran promovido en su contra. Esta suspensión incluye aún a los acreedores que cuentan con una garantía real. Los titulares de tales acreencias podrán eventualmente obtener la autorización del juzgado interviniente para continuar con la ejecución o iniciar otras acciones judiciales.

¹⁶ Ver <https://www.usbankruptcycode.org/>

¹⁷ <https://www.usbankruptcycode.org/chapter-7-liquidation/>

Se produce el desapoderamiento de los bienes del deudor (con excepción de los exentos que la ley de cada Estado determina) que se liquidan a fin de que las sumas obtenidas sean objeto de distribución entre los acreedores, conforme las reglas de preferencias legalmente establecidas.

Verificado el desapoderamiento de los bienes no exentos, incorporado el producido de tales activos al patrimonio del concurso y cumplido el procedimiento de distribución entre los acreedores, el deudor queda liberado de toda responsabilidad. En mérito a la operatividad del beneficio de condonación de deudas al que accede, el deudor persona física queda habilitado para retomar su actuación en el mercado y el comenzar de nuevo (fresh start).

Pese a la simpleza aparente, la normativa impone al deudor que pretende acceder a este beneficio, superar un estricto test de discharge (Test de Descarga).

En general la realización de cualquier actuación tendente a perjudicar a los acreedores comporta la exclusión del deudor del procedimiento del capítulo.

Puntualmente una causa de exclusión particular, es el haber obtenido el beneficio de la *discharge* en un procedimiento iniciado dentro de los ocho años anteriores a la petición, o el no haber completado el curso de asesoramiento financiero legalmente previsto.

El fiduciario o cualquier acreedor puede invocar la concurrencia de las causas de exclusión ante el Tribunal y petitionar la denegación del beneficio. Frente a la denuncia de alguno de estos extremos, se ordenará al fiduciario la investigación correspondiente, y en su caso, el beneficio de la discharge será revocado por el Tribunal, hasta un año después de su concesión.

La decisión vinculada a la revocación del beneficio debe adoptarse a instancia de parte y previa audiencia de los interesados.

La segunda vía de acceso a la liberación del pasivo es la prevista en el Capítulo 13¹⁸. El inicio de este procedimiento supone que el deudor encuentre un escenario de negociación con sus acreedores a fin de acordar un plan de pagos con su consiguiente cronograma de cumplimiento, que será afrontado con todos sus ingresos disponibles y luego de dejar establecida la cuantía necesaria para solventar sus gastos personales y familiares. A partir de la solicitud de apertura del procedimiento y por tres o cinco años –dependiendo del nivel de ingresos del deudor–, la totalidad de los mismos –menos lo necesario para su manutención– es gestionada por el administrador concursal (el bankruptcy trustee). Este modelo permite al deudor mantener la propiedad de sus bienes.

El procedimiento requiere que se trate de personas físicas con ingresos regulares, que concorra buena fe en el solicitante y que sus deudas vencidas y líquidas se encuentren por debajo de un límite legal.

Transcurrido el tiempo legalmente establecido, el deudor que cumple el plan de pagos accede al beneficio de la liberación de deudas, con excepción de los derechos de garantía que recaen sobre los bienes afectados.

O sea, repasando, podemos ver que el deudor que quiere empezar de cero (fresh start), puede entregar todos sus bienes no exentos, y empezar de nuevo, presentando el trámite del capítulo 7. Ahora bien, si pretende conservar sus bienes, deberá acomodar la solicitud al capítulo 13 y esperar durante tres o cinco años, pudiendo volver a empezar de cero, saldando las deudas restantes.

En el año 2005, se aprobó en EEUU una modificación en el régimen legal de insolvencia, hasta entonces vigente. La ley concursal aprobada tuvo el apoyo de los dos partidos políticos mayoritarios.

¹⁸ <https://www.usbankruptcycode.org/chapter-13-adjustment-of-debts-of-an-individual-with-regular-income/>

¿Que fue lo que ocurrió? Frente al notable incremento de las solicitudes de concurso y de liberación del pasivo insatisfecho, el lobby de las entidades financieras instaló el mensaje que el procedimiento legal vigente hasta ese momento, alentaba la utilización del mismo en forma distorsiva, permitiendo abusos que para el sector de la banca eran intolerables. Nada dijeron que el incremento de los concursos iba aparejado al del crédito al consumo. Se sostenía que los consumidores se endeudaban irresponsablemente para luego buscar el auxilio del proceso concursal.

La reforma del año 2005 determinó la imposición de nuevos requisitos formales al procedimiento de insolvencia. Se imponen asimismo, nuevos requisitos sustanciales tanto para el acceso como para la salida del mismo.

Uno de los requisitos incorporados en la reforma, que condiciona el acceso al procedimiento, está vinculado a la obligatoriedad de un asesoramiento financiero previo.

Antes de la reforma de 2005, la persona física que pretendía acogerse al procedimiento de condonación de deuda, podía consultar un abogado, completar los formularios previstos para el inicio del trámite, pagaba una tasa correspondiente y solicitaba la apertura del procedimiento concursal. Luego de la reforma, ese mismo consumidor debe someterse a un asesoramiento crediticio (*credit counseling*¹⁹) dentro de los 180 días anteriores a la solicitud, para poder ser declarado en concurso. El asesoramiento crediticio debe ser proporcionado por un asesor de la lista que a tal efecto confecciona y aprueba la Secretaría de Justicia²⁰. El deudor no puede acceder al procedimiento concursal si no acredita con la certificación correspondiente, que ha recibido tal asesoramiento crediticio.

¹⁹ <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/credit-counseling-and-debtor-education-courses>

²⁰ <https://www.justice.gov/ust/list-credit-counseling-agencies-approved-pursuant-11-usc-111>

Declarada la apertura del proceso y durante su desarrollo, el deudor debe recibir formación crediticia adicional²¹ pues de no mantener esta suerte de educación en el crédito, podrá denegársele la exoneración de las deudas pendientes.

La imposición de un nuevo requisito condiciona también la libre elección del procedimiento. El llamado *test de recursos* (Means Test) es un mecanismo que permite establecer qué deudor puede acogerse a los distintos modelos de discharge (descarga) previstos en la legislación concursal. Se acude a una complicada fórmula que somete a prueba la capacidad patrimonial del consumidor para el pago de sus deudas y por la que se procura incrementar el tránsito por el capítulo 13 (cumplimiento de un plan de pagos para recién alcanzar la exoneración del pasivo). Esta disposición opera como barrera de acceso al mecanismo de descarga del capítulo 7 (por el que se libera al deudor de sus deudas pendientes con cesión de la totalidad del patrimonio no exento y no sujeto a derechos de garantía)

VI. Proyectos actuales que tratan la prevención y saneamiento del consumidor sobreendeudado en nuestro país

En la República Argentina, los proyectos de modificación de la Ley de Defensa del Consumidor presentado en el marco del plan de Justicia 2020 y el ante proyecto de modificación de la Ley de Concursos y Quiebras elaborado por la comisión redactora impulsada por el Ministerio de Justicia de la Nación (en la misma sintonía, el proyecto presentado por el Diputado Martin Llaryora²²) tratan en la dirección que entiendo correcta la difícil

²¹ <https://www.justice.gov/ust/list-approved-providers-personal-financial-management-instructional-courses-debtor-education>

²² **Expte 7210-D-2018** (Cámara de Diputados de la Nación Argentina) Proyecto de Ley de Procedimiento Concursal para Consumidores Sobreendeudados (Personas humanas que no realizan actividad económica organizada) Autor Dip. Nac. Por la Provincia de Córdoba, Martín Llaryora.

situación que afrontan todos los consumidores que acumulan deudas hoy impagables en nuestro país.

VI.1 Ante proyecto de Ley de Defensa del Consumidor

En el caso del ante proyecto de nueva Ley de Defensa del Consumidor, en lo que atañe específicamente al tema de este artículo, se puede concluir que regula correctamente la problemática del crédito al consumo y el sobreendeudamiento de los consumidores. Respecto a este último punto fundamentalmente instrumenta mecanismos preventivos y llama a que se implemente medidas de corte sustancial y procedimental para poder lograr el saneamiento de ese consumidor tapado por las deudas²³.

Es importante volver a remarcar que define al sobreendeudamiento del consumidor²⁴ *como la situación caracterizada por la grave dificultad para afrontar el cumplimiento de las obligaciones exigibles o de pronta exigibilidad, que compromete el acceso y el goce de bienes esenciales.*

Vale decir que el ante proyecto establece e impone claramente el principio de préstamo responsable²⁵, poniendo obligaciones concretas en cabeza de los dadores de crédito o financiamiento. Se deja establecido que los costos derivados del otorgamiento de créditos en infracción al principio mencionado, serán afrontados total o parcialmente por el proveedor o intermediario del mismo.

En cuanto a la actividad publicitaria, se impone un contenido informativo mínimo²⁶ que deben tener los anuncios. A su vez, se establece un deber de asistencia, asesoramiento y advertencia²⁷ que debe ser particular a cada tomador de crédito

²³ Arts. 82 y 84 Ante Proyecto Ley de Defensa del Consumidor. https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/12/Anteproyecto-Ley-Defensa-del-Consumidor_VFD_.pdf

²⁴ Art. 81 Ante Proyecto Ley de Defensa del Consumidor.

²⁵ Art. 79 Ante Proyecto Ley de Defensa del Consumidor.

²⁶ Art 85 Ante Proyecto Ley de Defensa del Consumidor.

²⁷ Arts. 86, 87 y 88 Ante Proyecto Ley de Defensa del Consumidor.

Se reconocen expresamente al consumidor dos derechos que pueden contribuir a la prevención del endeudamiento excesivo; el derecho al pago anticipado del crédito²⁸ o de la financiación acordada y el derecho al arrepentimiento²⁹, regulándose el modo de ejercicio y los efectos derivados.

Se regula el Pagaré de Consumo³⁰, estableciendo que si una obligación de dar dinero emergente de una relación de consumo se instrumenta en con un pagaré, se regirá por la Ley de Defensa del Consumidor y subsidiariamente por otras normas generales y especiales. Establece que deberá contener el documento, la totalidad de la información requerida por el art. 85 (descripción del bien o servicio que se financia, monto total del préstamo, sistema de amortización, intereses, comisiones, gastos, duración de contrato de crédito, etc.).

Una importante decisión para evitar la toma de decisiones irreflexivas en cuanto a créditos, prolegómeno en algunos casos del sobreendeudamiento, es establecer que se entenderá como práctica abusiva no imponer al consumidor tomador de créditos un **desembolso inicial obligatorio**³¹.

VI.2 Ante Proyecto de la Comisión Reformadora de la Ley 24.522

Por Resolución N° 1163 del Ministerio de Justicia de la Nación de fecha 22 de mayo de 2015, bajo la gestión del Ministro Julio C. Alak, se creó la Comisión de Reforma de la Ley 24.522 encomendándole la adecuación del régimen concursal aplicable a los “pequeños procesos” y proveer la necesaria reforma a la ley de concursos y quiebras N° 24.522 a fin de incorporar el sobreendeudamiento del consumidor y la microempresa. La Comisión se integró con los juristas Héctor Osvaldo CHOMER,

²⁸ Art. 95 Ante Proyecto Ley de Defensa del Consumidor.

²⁹ Art. 96 Ante Proyecto Ley de Defensa del Consumidor.

³⁰ Art. 91 Ante Proyecto Ley de Defensa del Consumidor.

³¹ Art. 94 Ante Proyecto Ley de Defensa del Consumidor. Op Cit

Daniel Roque VÍTOLO, Juan Carlos VEIGA, Francisco JUNYENT BAS, Alejandra Noemí TÉVEZ, Emiliano GARCÍA CUERVA y Marcelo Eduardo HAISSINER. La Comisión presentó el Anteproyecto de ley elaborado al Ministerio de Justicia que lo derivó a la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación para su consideración.

El Anteproyecto, propone, por un lado, reformar el capítulo de los denominados “De los pequeños concursos y quiebras” (Capítulo IV de la ley concursal), para adecuarlos a los requerimientos que la doctrina viene formulando desde hace tiempo.

Pero la gran novedad de la reforma impulsada en este Anteproyecto, y es específico al tema en tratamiento, es la incorporación del Capítulo V, dedicado al “Concurso de las personas humanas que no realizan actividad económica organizada y otros sujetos”.

El art. 304 define el presupuesto objetivo: “Es presupuesto para la apertura del proceso regulado en el presente capítulo que el sujeto peticionante se encuentre: 1) En estado de cesación de pagos; 2) En dificultades económicas o financieras de carácter general; o 3) Sobreendeudado. A efectos de este artículo se entenderá por sujeto sobre endeudado a aquel que presente, en su patrimonio, un desequilibrio significativo entre su activo ejecutable y las obligaciones por las cuales dicho activo deba responder”.

Por su parte, el art. 305 precisa quiénes son los destinatarios de esta regulación particular. Establece la norma citada que “Pueden acceder voluntariamente al procedimiento previsto en este Capítulo las personas humanas que: 1) No realicen una actividad económica organizada ni resulten titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios; 2) Realicen una actividad como empleados públicos o privados en relación de dependencia; 3) Ejerzan una profesión liberal no organizada bajo forma de empresa; 4) Realicen una actividad autónoma e independiente no organizada bajo la forma de empresa. La circunstancia de que dichas personas

humanas se encuentren inscriptas como empleadores y tengan personal en relación de dependencia en número no mayor a tres (3) trabajadores, no obstará a su inclusión dentro del régimen regulado por el presente capítulo”.

En orden a la legitimación activa, se establece que “El procedimiento podrá ser solicitado exclusivamente por el deudor, o por apoderado con facultad especial” (art. 307).

El Juez puede rechazar la petición, cuando el deudor: 1) No sea sujeto susceptible de acceder al procedimiento regulado en el capítulo; 2) Si no se ha dado cumplimiento al artículo 308; 3) Si se encuentra dentro del período de inhibición para una nueva presentación 4) Cuando la causa no sea de su competencia. (Art. 310)

El juez deberá designar un conciliador de la lista para que intervenga en el procedimiento. Los conciliadores sólo podrán ser abogados o contadores. Ante el Conciliador y en su domicilio, los acreedores formularan sus pedidos de verificación de sus créditos dentro de los 10 días de la fecha de publicación del último edicto

El art. 312 está dedicado a los efectos de la apertura del procedimiento. Dispone la norma que “La apertura del procedimiento produce los siguientes efectos: 1) La suspensión por noventa (90) días de todos los juicios de contenido patrimonial por causa o título anterior a su presentación, no pudiendo deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos, incluidas la ejecución de créditos prendarios y/o hipotecarios y desalojos de la vivienda particular del deudor o del lugar donde lleva a cabo su labor profesional. Los expedientes permanecerán en los Juzgados originariamente asignados y los acreedores deberán acreditar su condición con copia certificada a presentar ante el conciliador, cuando sean convocados a los efectos de su reconocimiento. 2) La suspensión de los intereses de los créditos del deudor, con excepción de los créditos garantizados con garantías reales que prosiguen en la medida que alcance el asiento del crédito. 3) Quedan sin efecto todas las

medidas cautelares trabadas sobre los bienes y honorarios del deudor, y en especial, los embargos sobre los sueldos, salarios. 4) El conciliador tiene las facultades de contralor de la situación patrimonial del deudor, aplicándose el régimen establecido por los art. 15 y 16 de la presente ley, a cuyo fin el juez puede autorizar para tutela personal del deudor y de su familia el pago de las cuotas correspondientes a las coberturas de salud de obras sociales o empresas de medicina prepaga. 5) La apertura de la etapa de conciliación, la cual se extenderá por noventa (90) días desde la última publicación de edictos, en el cual el conciliador tendrá por misión promover y facilitar acuerdos entre el deudor y sus acreedores”.

La figura del conciliador y la previsión de un período de conciliación que se extiende por 90 días, es quizás lo novedoso. El conciliador tendrá por misión determinar provisionalmente el pasivo y facilitar acuerdos entre el deudor y sus acreedores. El mismo recibe la documentación que le presenten los acreedores y corrobora la denuncia del deudor, a los fines de procurar celebrar acuerdos, para la satisfacción de las obligaciones pendientes de cumplimiento. Los acreedores tendrán un plazo de diez (10) días desde la última publicación de edictos para presentarse ante el conciliador a solicitar la verificación de sus créditos. Vencido dicho plazo y en igual término, el conciliador deberá informar al juez la nómina detallada de los acreedores cuya verificación o admisibilidad recomienda, como así también de las eventuales exclusiones acompañando la documentación pertinente en sus respectivos legajos. El juez en el plazo de diez (10) días, deberá dictar la sentencia de verificación. El funcionario promoverá el proceso conciliatorio y podrá celebrar tantas audiencias como considere necesarias, convocando a ellas al deudor y a los acreedores. La etapa concluye por el vencimiento del plazo de 90 días o cuando se obtuviere la conformidad de acreedores que representen la mayoría absoluta del capital verificado y declarado admisible. En caso de no lograrse acuerdo, el conciliador propondrá una fórmula de repago y o cualquier otra solución que estime conveniente ante el Juez.

La resolución vinculada al acuerdo y su eventual impugnación es motivo de regulación en el art. 318 donde el juez procederá a realizar el control de legalidad formal y sustancial de los acuerdos, analizando las impugnaciones que pudieran existir, eventualmente, habilitar un nuevo período conciliatorio por treinta (30) días a cuyo fin dará nueva intervención al conciliador, homologar el acuerdo en caso que lo estime ajustado a derecho o bien imponer un plan de reorganización que considere razonable, valorando la naturaleza de créditos, origen, el contexto social y familiar del deudor y su conducta, tanto antes como durante el proceso. En todos los casos, el juez tiene facultades para integrar el acuerdo, mediante resolución fundada, aumentando o reduciendo plazos y adecuando los montos de las cuotas pactadas, en tanto considere pertinente a fin de asegurar el cumplimiento de lo acordado sin afectar subsistencia decorosa del deudor y la de su familia.

Una vez ejecutado el acuerdo el deudor podrá peticionar se declare su cumplimiento y el levantamiento de la inhibición originariamente trabada. Cuando el deudor no cumpla el acuerdo total o parcialmente, a instancia de acreedor interesado, el juez podrá derivar el conflicto al conciliador, a fin de que se intente una nueva negociación conclusiva del asunto (Art. 320)

El art. 321 establece que “el deudor no podrá presentar una nueva petición para el sometimiento al régimen de este capítulo, hasta después de haber transcurrido 1(un) año, contando a partir de la fecha de cumplimiento del acuerdo o del plan de reorganización impuesto por el tribunal, o de la clausura del proceso liquidatorio”.

La liquidación de los bienes del deudor es regulada en los arts. 322 a 326. Allí se dispone que en caso de que la conciliación fracasara, ante la imposibilidad de cumplir cualquier medida de saneamiento, el juez mediante resolución fundada abrirá el proceso liquidatorio, disponiendo la realización de los bienes, implicando el desapoderamiento de los bienes del deudor existentes a la fecha de la resolución del juez. El conciliador debe

presentar en el plazo de treinta (30) días de iniciada la liquidación un informe general con el contenido del art. 39. Luego este mismo deberá presentar el informe final sobre el producido de los bienes y el respectivo proyecto de distribución.

Sin duda ninguna, la novedad de la regulación propuesta es la recepción del mecanismo de liberación del deudor o descarga de deuda, consagrado en el art. 327. La norma prevé que *“una vez realizados los bienes, si el producido del activo no alcanzare para pagar los créditos se procederá al prorrateo de los fondos debiendo abonarse en primer lugar los gastos de justicia y el saldo entre los acreedores reconocidos, respetando en su caso el régimen de privilegios dispuesto en la presente ley. Una vez distribuido el resultado, el juez dictará una resolución en la que declarará extinguidas todas las deudas que tuviese el deudor vinculadas con el proceso, salvo los gastos de justicia, las obligaciones alimentarias, y los que constituyan créditos originados en daños a la persona humana por daño moral y por daño material derivado de lesiones a la integridad psicofísica, no pudiendo ningún acreedor reclamar en el futuro saldo insoluto alguno. El juez podrá imponer al deudor la realización de cursos dirigidos a la educación para el consumo con la finalidad de orientarlo y prevenir los riesgos que pudieran derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios, como así también ayudarlo a evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente, con el objeto de evitar que puedan producirse situaciones futuras que lo coloquen nuevamente bajo los presupuestos señalados en el art. 304”*.

La temática de los honorarios de los letrados de las partes y funcionarios intervinientes es tratada en el art. 329, que reza: “La regulación de honorarios del letrado del deudor, de los conciliadores y demás funcionarios se regirá por el presente artículo que tiene carácter de orden público. A esos fines, la regulación de honorarios en la etapa conciliatoria se establecerá entre el 3 y el 6 % del pasivo verificado, y el juez tiene facultades para distribuir los porcentajes que corresponda a cada uno de los profesionales intervinientes. A todo evento, se establece

Rescatar al consumidor sobre endeudado para la reactivación... | **Hernán Albisu**

un piso regulatorio de 4 salarios mínimos vitales y móviles. En caso de liquidación judicial, la escala será del 5 al 8% del activo realizado y/o el pasivo verificado, el que sea mayor, con idéntico piso mínimo. *Las costas en el proceso conciliatorio están a cargo del deudor, el que podrá enfrentarlas en cuotas, de conformidad a lo que resuelva el juez al homologar el acuerdo. En el caso de liquidación judicial, al no extinguirse los gastos de justicia, las sumas que queden adeudadas en concepto de honorarios deberán abonarse por el deudor, pudiendo a esos fines solicitar un régimen de cuotas al tribunal, el que previa vista a los funcionarios resolverá en definitiva el modo de pago, pudiendo aplicar el art. 271”.*

VI.2 Proyecto de Ley de Procedimiento Concursal para Consumidores Sobreendeudados

Como bien lo expresa el Diputado Llaryora en los Fundamentos del Proyecto de Ley (Expte 7210-D-2018, Proyecto de Ley de Procedimiento Concursal para Consumidores Sobreendeudados) en la redacción del mismo se tuvo especialmente presente el proyecto analizado en el punto anterior. De hecho es la base del mismo. Cabe decir que en este caso la diferencia es el planteo en forma autónoma del proceso planteado y no como una modificación al régimen de concursos y quiebras vigentes.

VII. Conclusión

Donde hay pobreza y hambre no hay mercado. Donde no hay mercado, no hay inversión. Donde no hay inversión, no hay empleo.

La profunda crisis que atraviesa nuestro país, necesita remedios que principalmente protejan a los más perjudicados del sistema; los consumidores, las pymes, los emprendedores. El consumo del mercado interno está asociado íntimamente a las posibilidades de inversión y creación masiva de empleo. Para recuperar el consumo y recrear el mercado interno, se

necesitan –entre otras cosas- herramientas legales que ayuden a respirar a esos sectores, ahogados financieramente por el actual esquema económico.

¿Cuáles son las herramientas legales que pueden ayudar? Para la prevención del sobreendeudamiento el capítulo mencionado de proyectos de modificación de la Ley de Defensa del Consumidor presentado en el marco del plan de Justicia 2020 es un avance positivo. Y para el saneamiento de dicha situación una vez que se consumó, es importante que se impulse o bien la modificación a la Ley de Concursos y Quiebras realizada y propuesta por la Comisión de Reforma de la Ley 24.522, o en su defecto, el impulso del proyecto de Ley de Procedimiento Concursal para Consumidores Sobreendeudados, que toma como base el proyecto de reforma de la Comisión.

Ayudar al saneamiento de la situación del consumidor sobreendeudado, y permitirle volver a niveles de vida dignos, van en la dirección correcta para aportar a la reactivación y crecimiento con equidad que necesita nuestro país.

La “Justicia Social y Ecológica” y el Enfoque de los Bienes Fundamentales a la luz de una epistemología renovadora

Social and Ecological Justice” and the Perspective of Fundamental Goods in the light of a renewing epistemology.

A “Justiça Social e Ecológica” e a Abordagem dos Bens Fundamentais à luz de uma epistemologia renovadora

La “justice sociale et écologique” et l’approche des biens fondamentaux à la lumière d’une épistémologie en rénovation

从改造认识论看“社会生态正义”与基本商品的途径。

Eduardo R. Olivero¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 209-255

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e274>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0890-4675>

Recibido: 20/03/2019

Aprobado: 17/05/2019

Resumen: Con sus luces y sombras, sus renovadas luchas y reivindicaciones y también sus crisis, debilidades, injusticias y exclusiones recurrentes (para una porción ciertamente mayoritaria de la población mundial), podemos ciertamente reconocer que mucho se ha discutido e implementado en poco más de medio siglo en términos de la institucionalización

¹ Abogado (UBA, con diversos posgrados aprobados en UBA, UB y Univ. Austral). Docente-Investigador (UNTDF, en las materias “Instituciones, Derecho y Economía” y “Teoría y Derecho Constitucional”. Proyectos de investigación: en las áreas de energía y ambiente). Actualmente es funcionario del Poder Judicial de la Provincia de Tierra del Fuego A, e I A S. Autor y disertante en temáticas del derecho público.

de garantías de acceso “a” y del goce (idealmente pleno e igualitario) “de” los derechos fundamentales (DF). No obstante, es innegable la crisis global actual de la democracia, la paz y de los propios DF, en el contexto del desarrollo in-sostenible pregonado por el capitalismo global y sus lógicas mercantilizadoras, maximizadoras y extractivistas reinantes. Ante estas dificultades, se ha propuesto que una de las expansiones necesarias del constitucionalismo global ha de ser el capítulo relativo a los bienes fundamentales. En este breve ensayo, intentaremos poner de resalto la comunión estratégica que cabe advertir entre los aportes de las epistemologías “del sur” - propias del pensamiento social que “tensiona” el desarrollo - y las mentadas ampliaciones constitucionales. Se plantean algunas bases para repensar una simbiosis crítica entre la Justicia social, la Ambiental y la Ecológica, postulando que el desarrollo de mayores instituciones de garantías (que “desmercantilicen” los derechos y bienes fundamentales, que creen las condiciones necesarias para su armónico desarrollo y que remuevan los obstáculos de sus actuales ataduras y fisuras) exige adoptar “normas de tareas” correlativas, dentro de una visión complementaria y estructural entre el “enfoque de derechos” y el “enfoque de los bienes fundamentales”, reforzando en un todo la misión fundamental a cargo del Estado de garantizar la justicia social.

Palabras claves: Derechos fundamentales, Justicia social, bienes fundamentales.

Abstract: With its lights and shadows, its renewed struggles and demands and also its recurring crises, weaknesses, injustices and exclusions (for a majority of the world’s population), we can recognize that much has been discussed and implemented in little more than half a century in terms of the institutionalization of guarantees of “access to” and the (ideally full and equal) enjoyment “of” fundamental rights (FD). Nevertheless, the current global crisis of democracy, peace and the DF itself is undeniable, in the context of the unsustainable development advocated by global capitalism and its prevailing mercantilizing, maximizing and extractivist logics. Faced with these difficulties, it has been proposed that one of the necessary expansions of global constitutionalism should be the chapter on fundamental goods. In this brief essay, we will try to highlight the strategic communion that can be noticed between the contributions of the “southern” epistemologies - characteristic of the social thought that “stresses” development - and the mentioned constitutional expansions.

Some bases are proposed to rethink a critical symbiosis between Social, Environmental and Ecological Justice, postulating that the development of greater guarantee institutions (that taking market out of fundamental rights and goods, that create the necessary conditions for their harmonious development and that remove the obstacles of their current ties and fissures) demands to adopt correlative "task norms", within a complementary and structural vision between the "rights approach" and the "fundamental goods approach", reinforcing in a whole the fundamental mission in charge of the State to guarantee justice, reinforcing in a whole the fundamental mission in charge of the State to guarantee justice.

Keywords: Fundamental rights, Social justice, fundamental goods.

Resumo: Com suas luzes e sombras, suas renovadas lutas e reivindicações e também suas crises, fraquezas, injustiças e exclusões recorrentes (para uma parcela certamente maioritária da população mundial), podemos certamente reconhecer que muito tem sido discutido e implementado em pouco mais de meio século em termos da institucionalização de garantias de acesso "a" e do gozo (idealmente pleno e igualitário) "de" os direitos fundamentais (DF). No entanto, é inegável a atual crise global da democracia, da paz e dos próprios DF, no contexto do desenvolvimento insustentável pregado pelo capitalismo global e suas lógicas mercantilizadoras, maximizadora e extrativista reinante. Diante essas dificuldades, foi proposto que uma das expansões necessárias do constitucionalismo global deve ser o capítulo relativo aos bens fundamentais. Neste breve ensaio, tentaremos enfatizar a comunhão estratégica que deve-se notar entre as contribuições das epistemologias "do sul" - típicas do pensamento social que "tensiona" o desenvolvimento - e as mencionadas expansões constitucionais. Propõem-se algumas bases para repensar uma simbiose crítica entre a Justiça social, Ambiental e a Ecológica, postulando que o desenvolvimento de maiores instituições de garantias (que "desmercantilizem" os direitos e bens fundamentais, que criem as condições necessárias para seu harmonioso desenvolvimento e que eliminem os obstáculos de suas atuais ataduras e fissuras) exige adotar "normas de tarefa" correlatas, dentro de uma visão complementar e estrutural entre a "abordagem dos direitos" e a "abordagem dos bens fundamentais", reforçando em um todo a missão fundamental carga do Estado de garantir a justiça social.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, justiça social, bens fundamentais.

Résumé: Avec ses lumières et ses ombres, ses luttes et ses revendications renouvelées ainsi que ses crises, ses faiblesses, ses injustices et ses exclusions récurrentes pour une partie certainement majoritaire de la population mondiale, nous pouvons certainement reconnaître que beaucoup de l'institutionnalisation des garanties d'accès "à" et de jouissance (idéalement complète et égalitaire) "des" droits fondamentaux. Cependant, la crise mondiale actuelle de la démocratie, de la paix et de ses propres droits fondamentaux est indéniable, dans le contexte d'un développement insoutenable proclamé par le capitalisme mondial et ses logiques commerciales, maximiseurs et extractivistes. Face à ces difficultés, il a été proposé que l'un des développements nécessaires du constitutionnalisme mondial soit le chapitre sur les biens fondamentaux. Dans cet essai, nous tenterons de mettre en évidence la communion stratégique entre les contributions des épistémologies "du Sud" - typiques de la pensée sociale qui "insiste sur le développement" - et les développements constitutionnels susmentionnés. Certaines bases sont proposées pour réfléchir à une symbiose critique entre la justice sociale, environnementale et écologique, postulant le développement d'institutions de garantie qui contribuent à décommercialiser les droits et biens fondamentaux, qui créent les conditions nécessaires à leur développement harmonique et suppriment les obstacles liés à leurs liens et fissures actuels. Cela nécessite l'adoption de normes de tâches corrélatives, dans le cadre d'une vision complémentaire et structurelle entre "approche des droits" et "approche des biens fondamentaux", renforçant ainsi dans l'ensemble la mission fondamentale de l'État de garantir la justice sociale.

Mot-clés: Droits fondamentaux, justice sociale, biens fondamentaux.

摘要:当前的全球民主危机是不可否认的,在全球资本主义及其商业,最大化和提取主义逻辑的推动下,在可持续发展的背景下实现和平。

面对这些困难,有人提出全球宪政主义的必要扩展之一必须是关于基本商品的章节。在这个简短的文章中,我们尽量把突出的战略共融应该认识论的贡献之间注意到“南方”-自己的社会认为“强调”发展-中提到的宪法和扩展。一些基地提出重新考虑社会公平,环境和生态之间的临界共生,保证较高的机构(发展基本权利和资产,创造

和谐发展的必要条件和扫除了障碍现有的债券和裂缝)需要通过“标准工作”相关,在“权利的办法”和“基本商品的做法,”加强整个任务之间的互补性和结构性的愿景国家保障社会正义的基本责任。

关键字: 基本权利, 社会正义, 基本商品。

I. Introducción: los derechos y bienes fundamentales ante la crisis global actual

El desarrollo –asentado en renovadas epistemologías críticas y “desde el sur”- de determinadas “normas de tareas” estatales, reconociendo una simbiosis crítica entre la Justicia Social y la Ecológica y articulándose desde un “enfoque de los bienes vitales fundamentales” (en sustento de renovados fines y ampliaciones del Estado Constitucional), pueden en conjunto constituirse no solo en nuevos capítulos de las Constituciones (o de los instrumentos internacionales de garantía), sino en pilares de un refuerzo institucional idóneo y viable de los DDHH, de la democracia y de la paz, de cara a la innegable crisis global contemporánea que los afecta y oblitera, en una lógica destructiva sin precedentes.

Tales interrogantes, ponen la mirada en el desarrollo de las garantías de los derechos y de los bienes fundamentales que hacen a la dignidad y a la calidad de vida propia de un modelo de democracia sustancial e inclusiva. En ese marco, cabe interrogarnos por las bases epistemológicas y los enfoques y propuestas que nos brinden un “impacto” metodológico de utilidad, sea para el desarrollo del derecho (como saber) como de su praxis institucionalizada. La problemática advertida, en el contexto contemporáneo del capitalismo globalizado actual, implica no pocos desafíos epistémicos y políticos, visto que el desarrollo crítico, reflexivo e instrumental de tales propuestas queda fuertemente impactado y condicionado por la *crisis de la democracia constitucional* en curso.

Al decir de Ferrajoli -que compartimos plenamente- uno de los efectos implicados por esta crisis consiste en la disolución de las garantías de los derechos, sumado un progresivo

desmantelamiento de la esfera pública y del Estado social -fomentado por las actuales políticas neoliberales- conculcando todo ello la principal fuente de legitimación del orden jurídico y político estatal e internacional.

En ese marco de análisis, las promesas de paz y de protección de los derechos fundamentales corren el riesgo de reducirse a su mera enunciación en el papel. Ante el fenómeno de la globalización económica, hay que advertir pues la presencia de un innegable *vacío de derecho público* en la materia, a la par del viraje regresivo hacia un *neo-absolutismo² de las grandes potencias y poderes transnacionales*.

Como lo expone sin rodeos Ferrajoli, en ausencia de una esfera pública mundial (donde no solo hay que ponderar el efecto de la guerra –revitalizada - sino de unos poderes económicos desregulados y salvajes³), el efecto más evidente de la globalización es el crecimiento constante de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que considera inevitables a la

² L. Ferrajoli, *Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización*, “Lectio Doctoralis” en la oportunidad del doctorado honoris causa de la Universidad Nacional de La Plata, 22 de noviembre de 2005, <https://www.uned.ac.cr/ecsh/images/catDerPenal/TEMA1.pdf>; recordemos que según nuestro autor en una democracia con una dimensión sustancial (constitucionalización de los derechos fundamentales) y a partir de sus límites y vínculos, se producen cambios en la naturaleza del derecho y de la democracia, debiendo tenerse presente al respecto que la esfera de aquello que ninguna mayoría puede decidir es aquella propia de la lesión de los derechos de libertad. Asimismo, la esfera de aquello que ninguna mayoría puede dejar de decidir, viene dada por la no satisfacción de los derechos sociales. El derecho internacional habría de ser “*idóneo para regular los grandes poderes económicos transnacionales, que se sustraen así al rol normativo de los derechos públicos nacionales y se transforman en poderes desregulados y salvajes: un vacío de derecho público colmado, inevitablemente, por el derecho privado, es decir, por un derecho de formación contractual, producido por las empresas mismas, que se sustituyen de esta manera a las formas tradicionales de la ley...*”.

³ Insoslayables resultan aquí las referencias que deberíamos hacer a múltiples ensayos de N. Chomsky, relativos a la configuración del orden global, a la supervivencia humana, al miedo a la democracia, los mitos del mercado, los resultados regresivos de las políticas neoliberales, la manipulación y el rol de la opinión pública, las escaladas de violencia, la posibilidad actual de un desastre nuclear, la destrucción del ambiente y del planeta, etc.: ver por todos, *Como funciona el mundo*, Katz, Madrid, 2012; *¿Quién domina el mundo?*, B.S.A., Barcelona, 2016; *El beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y el orden global*, Austral.

miseria, al hambre, a las enfermedades y a la muerte de millones de seres humanos considerados sin valor.

Una visión demasiado simplista podría apuntar a equiparar -sin más- la postulación en los textos de objetivos de cuidado y mejoramiento del medio-ambiente y de los bienes vitales, con el logro -presupuesto- de resultados inmediatos en la realidad, en términos de una mayor calidad de vida y de mejoras sociales acordes a cierta visión de la justicia social. La realidad, empero, funciona de modo en extremo más complejo, revelando la persistencia (in) sostenible de aquellos condicionantes, como de diversas crisis, tensiones y contradicciones vivenciadas en los límites de un proceso civilizatorio⁴.

Ciertamente requerimos, pues, de *la mediación de la institucionalidad estatal y de las políticas públicas*⁵, articuladas

⁴ O. Madoery, *Los desarrollos latinoamericanos y sus controversias*, UNTDF, Ushuaia, 2016, págs. 22, 281, quien destaca entre otros el objetivo de "tensionar el desarrollo", resaltando los planteos que disputan sus sentidos, en el marco de las contradicciones sociales y los proyectos políticos, presentando a su vez el debate sobre los fundamentos epistemológicos subyacentes.

⁵ En esta tesis también asumimos que el impacto de la "globalización" resulta mediado por la índole, "intensidad" y calidad de las políticas públicas asumidas. En una muy buena síntesis: "...la retórica de la globalización distorsiona severamente los hechos al presentar lo que es una tendencia intrínseca y secular del modo de producción capitalista como si fuera un momentáneo e inesperado resultado. La manipulación ideológica a la que se presta el concepto de globalización es de tal naturaleza que conduce a las víctimas a creer que sus efectos y consecuencias son obra de ciegas fuerzas impersonales, la mera «secreción natural» de un orden económico global en donde no existen estructuras, clases, intereses económico-corporativos ni asimetrías de poder que cristalicen en relaciones de dependencia entre las naciones... De esta manera, a partir de un falso realismo se clausura la capacidad de pensar políticas alternativas y de «ver» las perniciosas consecuencias económicas, sociales y políticas de aquellas que se están implementando... Las mistificaciones no son entonces inocentes sino que contribuyen a desresponsabilizar a los gobiernos neoliberales y a las grandes megacorporaciones transnacionales de las nefastas consecuencias de sus políticas. El aumento del desempleo, la caída de los salarios reales, la concentración del capital, el derrumbe de los sistemas de salud y educación pública, son atribuibles a una conveniente nebulosa denominada globalización... la noción de la desaparición de los Estados nacionales, o su incurable «impotencia» ante la fuerza arrolladora de la globalización, es un mito comparable a aquel que predica la evaporación de la geografía y el eclipse de los mercados nacionales... ante las tendencias supuestamente avasallantes de la «globalización» existe un considerable repertorio de respuestas nacionales que no necesariamente conduce al «dumping social» o a las políticas antiobreras. Su impacto,

desde el prisma de la simbiosis entre la “justicia social” y la “justicia ecológica” en orden a visualizar y dar curso a renovadas “normas de tareas” e instituciones de garantías, las que idealmente -además- han de constituirse en nuevos capítulos del Constitucionalismo global, que evoluciona en sus etapas y estratos textuales.

Estas cuestiones se ven reflejadas hoy día en la problemática ambiental global y sus trasfondos económicos, políticos y sociales⁶, adquiriendo unos alcances contemporáneos -globales- sin precedentes, donde se van manifestando escenarios de desarrollo en controversia al tiempo que la explotación de los recursos naturales va de la mano con la profundización de la inequidad en cuanto al acceso a los bienes vitales fundamentales⁷.

Las implicancias para el *contrato intergeneracional*, para la justicia social y para el planeta mismo son no solo dolorosas, sino injustas, excluyentes y “suicidas” y nos conmueven -en el limitado punto que tocaremos aquí- a advertir la (urgente) relación de estos tópicos con el denominado “*enfoque de los bienes vitales en acción*” y a la vez con el enfoque de las “*normas de tareas*” del Estado, todo de conformidad a los fines -y sus herramientas- receptados por las actuales etapas evolutivas y textuales propias del Estado Constitucional⁸.

que es indiscutible, siempre se encuentra mediado por las políticas públicas, el desempeño gubernamental, la acción de los grandes conglomerados económicos y la fuerza de los partidos y sindicatos, en una palabra, el activismo y la capacidad de movilización de la sociedad civil...”, A. Borón, “Pensamiento único y resignación política” (Revista Nueva Sociedad, n° 163, p. 140, 146, 147/148).

⁶ Orlando Rey Santos El Derecho Ambiental como garante de la justicia social, obrante en https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela16_rey_cv_sp.pdf, estima que los vínculos entre estas cuestiones no suelen revelarse a primera vista.

⁷ L. Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Trotta, Madrid, 2018, p. 37 y ss y *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Trotta, Madrid, 2011, Vol. I cap. 11.10 y Vol. II cap. 14.21 y cap. XVI.

⁸ Con sus correlativos procesos intensivos de crecimiento y diferenciación. Peter Häberle, *El estado constitucional*, UNAM, México, 2003, p. 247 y ss.: nos enseña que en los catálogos de tareas del Estado se encuentran temas típicos de los derechos fundamentales -entendidos

La “Justicia Social y Ecológica” y el Enfoque de los Bienes... | Eduardo R. Olivero

En una idea y vuelta a partir de los planteos de ciertos autores influyentes (Häberle, Ferrajoli y otros), junto a la presentación de algunas renovadas bases epistemológicas del pensamiento social, iremos poniendo de resalto que los marcos institucionales -reforzados y revitalizados- deben ciertamente asumir aquella simbiosis crítica y la tesis acerca de la necesidad de *expandir el paradigma constitucional a todos los poderes públicos y privados* (y a las redes institucionales involucradas, también teniendo presente que el *futuro del constitucionalismo* implica una discusión que extiende sus fronteras más allá del Estado).

La propuesta en pie, entonces, importa discutir algunas bases y aspectos metodológicos de interés aparejados por aquellos enfoques, asentados en la simbiosis postulada entre la “Justicia Ambiental y Ecológica” y la “Justicia Social”, con sus relevantes y renovadas epistemologías, que iremos apuntando.

En conjunto, arrojar luz sobre estos tópicos complejos e interrelacionados, habrá de prestar utilidad para *“impulsar” la efectiva observancia de la obligación de respeto y garantía no solo de los derechos fundamentales sino también de los bienes vitales fundamentales (quebrando su mercantilización y combatiendo sus ataduras y fisuras), para lo cual juega un rol clave el planteo y desarrollo consecuente de un plexo de “normas de tareas” estatales, cuya misión sea actuar la justicia social en su contexto actual, como también buscando revitalizar a su respecto el estilo de vida democrático (formal y sustancial).*

II. Aportes para repensar la simbiosis “Justicia Social, Ambiental y Ecológica”

¿Qué cabe decir hoy día del “desarrollo” y de la “calidad de vida” cuando advertimos fuertes contradicciones entre el

como límites y además como “tareas”- y en cuya tematización pueden darse no solo intersecciones sino, en lo que nos interesa aquí, conflictos entre objetivos (por ej. ecología y economía) (p. 249).

capitalismo global, el ambiente, la ecología, lo social, etc..? Explicando este contexto, apuntamos aquí los siguientes puntos de interés para el debate, en orden a contribuir a repensar las bases -jurídicas- de una *simbiosis crítica entre la Justicia Social, la Ambiental y la Ecológica*:

II.1 El derecho, como todo saber y praxis institucionalizada, puede y debe -críticamente-evolucionar, teniendo presente nuevas bases y realidades, plenamente acordes a sus fines protectorios y garantistas. Lo mismo la sociedad, la cultura, la política, etc. que han de contribuir en ese marco -como de algún modo se ha ido manifestando con creciente interés- a forjar en conjunto una conciencia solidaria, equitativa y ecológica. Con renovados bríos, se trata de insertar en la matriz institucional vernácula nuevos vínculos y relaciones estratégicas, estructurales y complementarias entre los sujetos humanos y sus derechos y el ámbito de lo que podríamos denominar aquí como “no humano” (la naturaleza, otros seres vivos, la tierra, bienes, etc.). Este, como lo veremos a continuación, parece ser el “nudo gordiano”, el quid de la *cuestión jurídica* contemporánea, también política, económica, social y cultural y de alcances globales.

Vínculos, relaciones y límites que -en términos del desarrollo de garantías idóneas y eficaces- también deben lograr traducirse, en definitiva, en un enfoque y lenguaje de derechos y en normas correlativas de “tareas estatales”, si se trata de alcanzar a reducir la gran brecha entre el deber ser normativo y el ser efectivo de los sistemas políticos.

No podemos mantenernos -ni con ingenuidad ni con pasividad- ante la crisis actual del constitucionalismo democrático, con el riesgo de resultar desacreditado: *“como un nuevo engaño y una nueva apariencia ideológica de Occidente... este fracaso del constitucionalismo democrático se debe a la ausencia, sobre todo en el derecho internacional, de garantías y, aun antes, de instituciones de garantía que estén*

La "Justicia Social y Ecológica" y el Enfoque de los Bienes... | Eduardo R. Olivero

*a la altura de los nuevos problemas y de los nuevos poderes extra -o supra- nacionales*⁹.

Ello, nuevamente, nos coloca directamente en la problemática ambiental global¹⁰.

Eugenio Raúl Zaffaroni, con su agudeza habitual, expresa que la elaboración del derecho penal (lo que ciertamente podemos extender a otros ámbitos jurídicos) debe hacerse sobre bases realistas, sabiendo que el poder dominante considera a los sujetos carenciados como descartables, que como perspectiva tenebrosa se encuentra la de una *necro-política genocida global* y que, entre otros, el poder financiero se está liberando de la coerción política local y de la supranacional, al tiempo que impera en la región un *tardo-colonialismo de sociedades excluyentes* que destruye y debilita a los Estados, donde los medios monopólicos crean realidad.

La situación regional y global importa considerar que: *"...dos tercios de la población del planeta carecen de lo necesario para vivir con dignidad...mientras un tercio consume mucho más de lo necesario, al tiempo que constantemente se le inventan nuevas necesidades suntuarias...De pretender elevar el nivel de consumo de los desfavorecidos hasta el del tercio beneficiado, se agotarían las condiciones ambientales que posibilitan la vida humana en el planeta...mientras el 1% de la humanidad*

⁹ L. Ferrajoli, *op. cit.* como en nota nº 2, punto 4.

¹⁰ Considerando que las previsiones científicas arrojan "...un diagnóstico unánime acerca del peligro que significa para la supervivencia de la especie humana el modo en que se relaciona el hombre con el medio ambiente...De lo que se trata entonces es que el modo en que por generaciones los hombres usaron el medio ambiente y el ritmo en que explotan, distribuyen y consumen los recursos naturales, se ha ido haciendo creciente y aceleradamente incompatible con la finitud del medio circundante, tanto para proporcionar los bienes necesarios para la continuación satisfactoria de la vida humana, como para recibir los desechos de la actividad de los hombres", Rey Santos, *op. cit.*, p. 3/4, arribándose a un debate crítico por la reformulación -hoy día-, también con alcances globales, de las relaciones (productivas, de apropiación, consumo, conservación, uso, etc.) así establecidas con la naturaleza y el ambiente y además requiriendo la implementación de mejoras en términos de los derechos sociales y el acceso equitativo a tales recursos.

*constituye hoy la nueva nobleza, pues concentra el 49% de la riqueza, las amplias clases medias...se distribuyen el 14%, con creciente tendencia a disminuir, lo que imputan a las molestias de los necesitados, cayendo en el racismo y la xenofobia...*¹¹.

En el mismo orden de ideas, Danilo Zolo¹² ha expuesto lúcidamente que el Derecho internacional está cada vez más

¹¹ En *Derecho Penal Humano*, Hammurabi, Bs. As., 2017, p. 61/62. En otro texto, afirma: "...avanza por el mundo el poder de los Ceos de las corporaciones transnacionales con asiento en el hemisferio norte, que van ocupando el lugar de la política. Su innegable aspiración totalitaria se manifiesta en su cooptación de los aparatos estatales y económicos internacionales, racionalizada con su discurso único (mal llamado neoliberalismo), que domina a las academias mundiales y se vulgariza a través de los monopolios corporativos mediáticos. América Latina, como región subdesarrollada (colonizada en la nueva versión llamada globalización) es sometida a un proceso de acelerado debilitamiento de sus Estados mediante diversas y convergentes estrategias...el proyecto colonialista...pretende configurar una sociedad con mayoría excluida (...suele llamar sociedad 30 y 70), cuyo avance lo posibilitan básicamente dos condiciones que...no se hallas desvinculadas: (a) el consentimiento, resignación o apoyo de buena parte o de la mayoría de la población; y (b) los defectos de los Estados de la región, cuya institucionalidad no estaba preparada para defenderlos de la agresión...La primera condición resulta paradójica y hasta parece recursiva en la historia. Nuestra región ha pasado por momentos de marcada ampliación de la ciudadanía real en que gobiernos populares lograron elevar a condiciones dignas de vida a amplios sectores de la población...es necesario no dejar de lado los defectos de nuestros populismos, porque la paradoja del suicidio social de las capas beneficiadas por ellos, sin duda que debe responder a alguna de las fallas necesitadas de urgente corrección...cabe observar que el principal defecto ha sido precisamente el de dejar abierto el flanco de la segunda condición necesaria para la instalación de los proyectos colonialistas: los populismos no prepararon institucionalmente a nuestros Estados para resistir una agresión colonialista..." (en "¿Estado Gendarme o Estado Fraternal?", publicado en REDEA, año 3, n° 7, 2018, p. 335/337 y 338/339).

¹² En *Los derechos humanos, la democracia y la paz en la era de la globalización*, publicado en la revista electrónica *Jura Gentium*, VII (2011), 1 (disponible en <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/braga.htm>), rememorando la opinión de Luigi Ferrajoli cuando sostuvo: "El tiempo de los derechos es también el tiempo de su violación contundente y de la desigualdad más profunda e intolerable", en "Diritti fondamentali e democrazia costituzionale", en P. Comanducci, R. Guastini (ed.), *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 347. El autor agrega una serie de cifras alarmantes y contundentes: "Bastan pocas cifras para confirmar dramáticamente el ocaso del 'tiempo de los derechos' en la era de la globalización. La Organización Internacional del Trabajo ha calculado que tres mil millones de personas viven hoy en día por debajo del nivel de pobreza, fijado en dos dólares de renta diaria. John Galbraith, en el prefacio del *Human Development Report* de Naciones Unidas de 1998, había documentado que el 20% de la población mundial más rica acaparaba el 86% de todos los bienes y servicios universalmente producidos, mientras que el 20% más pobre consumía solamente el 1,3%.

condicionado por los intereses políticos y económico-financieros de las grandes potencias, afectando el proceso de globalización el éxito y difusión de los derechos humanos fundamentales y la conservación y defensa de las instituciones democráticas (sustituidas por formas de ejercicio del poder concentradas y oligarquías elitistas, tecnocráticas y represivas), donde –entre otros- se observa que la violación de los derechos humanos es un fenómeno de proporciones crecientes, sin que los instrumentos, mecanismos y organismos creados a partir de la etapa de posguerra (ni por ende los propios principios afirmados en 1948 -por ej. en la D.U.D.H.-) hayan logrado eficacia y entidad protectoria suficiente. Zolo expone que la erosión de los derechos humanos, la democracia y la paz (caídos en el ocaso) es el resultado de un proceso global deseado por las potencias occidentales, además de estar garantizado por las instituciones económico-financieras que están comprometiendo las bases mismas de la existencia humana, la solidaridad y el proyecto de futuro.... aunque sin negar que valga la pena “*luchar in extremis y desafiar el destino*”¹³.

II.2 Contamos para tales desafíos con nuevas bases y epistemologías postuladas –que aquí presentaremos en sus lineamientos

Desafortunadamente, después de casi diez años, hoy estas cifras han cambiado: el 20% de la población más rica consume el 90% de los bienes producidos, mientras que el 20% más pobre consume el 1%. Además, se ha calculado que el 40% de la riqueza del planeta la posee el 1% de la población mundial, mientras las 20 personas más ricas del mundo disponen de recursos equivalentes a los de las mil millones de personas más pobres. Además, de acuerdo a las cifras proporcionadas por las Naciones Unidas, mil millones de personas sobreviven en condiciones de 'pobreza absoluta' en los países económicamente más retrasados: alrededor de la mitad reside en Asia Meridional, un tercio en el África Subsahariana y una importante proporción en América Latina. En esta amplia franja de países, mil millones setecientos mil personas carecen de acceso al agua potable y se prevé que esta cifra se doblará en 2020. Cada año mueren más de dos millones de niños por falta de agua o a causa del agua insalubre, responsable del 80% de las enfermedades epidémicas. Además, la falta de agua es la causa de una drástica disminución de la producción alimentaria y de un aumento de las enfermedades vinculadas con la desnutrición. Entre las consecuencias del hambre y de la sed se suman los 25.000 niños que mueren cada día a causa de enfermedades que serían inocuas para niños bien alimentados...".

¹³ Con cita de N. Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, il Mulino, 1984, pp. 94-5.

centrales-, donde en referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos (y toda su lógica normativa e institucional ampliatoria y protectoria desarrollada globalmente desde 1948 –con sus luces y sombras-), podemos llegar a vincular otros saberes y praxis igualmente trascendentes –que no le quitan valor alguno- y en formación contemporánea (por ej. desde Ecuador, Bolivia y la postulación de una Declaración Universal de Derechos de la Naturaleza , o también de otros Seres Vivos –entre otros¹⁴-).

Al decir de trascendentes pensadores contemporáneos, existen ámbitos y temas donde es dable e imperioso repensar las epistemologías¹⁵ y donde la “ecología de saberes”, la “traducción intercultural”, los “mestizajes culturales, conceptuales y normativos”, el uso “contra-hegemónico” de las instituciones, de la democracia y del derecho -entre otros-, se vuelven conceptos claves, en sus contextos apropiados, como aquél ajustado al “debate civilizatorio”.

¹⁴ Ver A. Acosta, *Hacia la declaración universal de los derechos de la naturaleza*, AFESE 54, puede consultarse en el sitio <https://therightsofnature.org>. También recomiendo: Esperanza Martínez – Alberto Acosta, *Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible*, Rev. Direito Práx., Río de Janeiro, Vol 8 n° 4, 2017, p. 2927-2961 Tiempo atrás, el tema fue desarrollado con amplitud por Godofredo Stutzin, en *Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza*, Amb. y Des. Vol. 1, p. 97-114, dic. 1984, puede consultarse en www.opsur.org.ar y también ver Julio M. Prieto Méndez, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional de Ecuador, CEDEC, Quito, 2013.

¹⁵ Boaventura de Sousa Santos, por ejemplo en su obra *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*, IIDS, Lima, 2010: “...cuando es exitosa, la transición es en este caso también una transición conceptual, que se configura como mestizaje conceptual. Así, cuando la Constitución de Ecuador habla de los derechos de la Pachamama configura una mestizaje conceptual entre el mundo moderno de los derechos y el mundo andino de la Pachamama, a quienes nadie «puede dar derechos» una vez que ella sería la fuente misma de todos los deberes y de todos los derechos si tales conceptos perteneciesen a su cosmovisión. Asimismo, cuando las Constituciones de Ecuador y de Bolivia establecen el buen vivir (*Sumak Kawsay* o *Suma Qamaña*) como principio orientador de la organización económica, política y social, recurren a un dispositivo conceptual y normativo híbrido que junta en el texto jurídico matricial de la modernidad occidental —la Carta Política— recursos lingüísticos y conceptuales no coloniales y no occidentales...” (p. 65).

La "Justicia Social y Ecológica" y el Enfoque de los Bienes... | Eduardo R. Olivero

Uno de los autores que aquí seguimos (Gudynas, más abajo citado) considera al efecto la necesidad de postular una ética biocéntrica, con nuevos puntos de discusión y opciones tales como: la reconfiguración de los sujetos políticos hacia posturas relacionales y no necesariamente dualistas; una política con mayor deliberación y participación; una inserción internacional volcada a un regionalismo autónomo; y una desvinculación selectiva de la globalización, entre otras.

Entre muchos autores, destacamos aquí a Leonardo Boff¹⁶, quien (además de hablarnos de "crisis de líderes", del "capital espiritual", de la "cultura del cansancio", de los "derechos del corazón", de una "ciencia para la vida" y de nuevos paradigmas fundados en el "acto de cuidar") pone de resalto los necesarios cambios en las concepciones del mundo que vienen aparejados al estar en juego una crisis civilizatoria sin precedentes,

¹⁶ "...Colocar la preocupación ecológica en el centro de la política supone enfrentar el mayor dilema de los gobiernos progresistas latinoamericanos: han puesto freno a los excesos del neoliberalismo, redistribuyen la riqueza, pero no están construyendo alternativas al modelo exportador de commodities (materias primas). La minería a cielo abierto, los monocultivos sojeros o la extracción de hidrocarburos avanzan en los países con gobiernos progresistas tanto como en los países con gobiernos neoliberales, y con las mismas consecuencias: devastación ambiental y destrucción de culturas y formas de vida de las comunidades rurales e indígenas. En Ecuador, Argentina o Bolivia, las políticas de redistribución de la renta, esas que han sacado a millones de personas de la pobreza en los últimos quince años, dependen de los ingresos de los emprendimientos extractivos. Y al mismo tiempo, en un proceso complejo y contradictorio, Ecuador y Bolivia han dado un paso de gigante al incluir en sus constituciones los derechos de la naturaleza, reconociendo así que... los elementos naturales tienen un valor intrínseco, más allá de la utilidad que obtienen los seres humanos de su explotación... Ecología: grito de la Tierra, grito de los pobres... La crisis actual, explica el teólogo, no es apenas económica, política o social; es una crisis civilizatoria donde lo que se quiebra es una concepción del mundo, esa según la cual 'todo debe girar alrededor de la idea de progreso', que se basa en la infinitud de los recursos de la tierra... La noción del Buen Vivir surge así como alternativa civilizatoria, como propuesta para recuperar el equilibrio entre los seres humanos y la naturaleza y sustituir el materialismo individualista por la satisfacción de necesidades legítimas -ya no deseos infinitos- para todos los seres humanos. 'Se trata de construir un nuevo tipo de ciudadanía socio-cósmica', señala Boff; y se trata también de recuperar la espiritualidad, lo sagrado, porque 'sin lo sagrado, la afirmación de la dignidad de la Tierra y del límite que habrá que imponer a nuestro deseo de explotación se quedará en una retórica ineficaz'..." (en www.ecoportel.net/temas-especiales/desarrollo-sustentable/leonardo-boff-el-capitalismo-prefiere-ser-suicida-que-cambiar/).

que se asentó en un modelo acumulativo y de explotación verdaderamente “suicida”, siempre a costa de grandes mayorías explotadas y de injusticias sociales y ecológicas.

Al decir de Eduardo Gudynas¹⁷: *“la ‘reforma’ o la ‘reparación’ del capitalismo son posturas insuficientes. En algunos casos podrán ser necesarias para atender urgencias y problemas puntuales, pero no permiten cambiar, por ejemplo, las formas de apropiación de la naturaleza, la externalización y socialización de los impactos ambientales, o la inserción subordinada en la economía global... la salida a la crisis actual no es solamente una cuestión de cambios económicos, a pesar de la relevancia de esa temática, sino que debe ser más profunda, abarcando otras dimensiones, como la cultural y la política... En ese camino es necesario abrirse a otras miradas éticas, en las cuales la naturaleza pasa a ser sujeto de derechos¹⁸, reconociéndosele valores propios. Es necesario abonar el camino para una transición desde el antropocentrismo al biocentrismo...”*.

En esa misma lógica, Alberto Acosta (en la obra citada en nota 18, pág. 317 y ss), nos habla del “derecho a la existencia”¹⁹,

¹⁷ En “La ecología política de la crisis global y los límites del capitalismo benévolo”, en Revista de Ciencias Sociales. Num. 36, Quito, enero 2010, pp. 53-67.

¹⁸ Ver: Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2011: “...cuando los límites de sustentabilidad del mundo están siendo literalmente superados, es indispensable buscar soluciones ambientales vistas como una asignatura universal. Por un lado, los países empobrecidos y estructuralmente excluidos deberán buscar opciones de vida digna y sustentable, que no representen la reedición caricaturizada del estilo de vida occidental. Mientras que, por otro lado, los países “desarrollados” tendrán que resolver los crecientes problemas de inequidad internacional que ellos han provocado. Al asumir su responsabilidad deben dar paso a una restauración global de los daños provocados y pagar sus deudas ecológicas con los países empobrecidos...” (p. 336). Para mayores datos y discusiones, me remito –además– a los diversos trabajos obrantes en el suplemento “personas no humanas” obrante en el sitio dpicuantico.com

¹⁹ Cabe tener presente la Constitución de Ecuador: “Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado

manifestando que no hay razones para que –desde la ecología- los sentimientos aparejados –la curiosidad, el amor- entren en conflicto con la comprensión científica de la naturaleza: pero las ideologías, la ciencia y la técnica no pueden separarnos de la naturaleza, ni conllevarnos a dominarla, explotarla y manipularla del modo en que tiene lugar hace tiempo dentro de la lógica brutal del capitalismo global –el foco se pone de modo absoluto en la maximización de resultados, la reducción de costos, la acumulación sin descanso de capital- también de tipo extractivista y mercantilizadora respecto de la naturaleza; y todo conforme el particular papel que se pretende para nuestra región en la división internacional del trabajo.

Critica "Los límites de los estilos de vida sustentados en la visión ideológica del progreso antropocéntrico...cada vez más notables y preocupantes. Si queremos que la capacidad de absorción y resiliencia de la Tierra no colapse, debemos dejar

incentivaré a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoveré el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado".

Y la Constitución de Bolivia: " Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. Artículo 34. Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente".

de ver a los recursos naturales como una condición para el crecimiento económico o como simple objeto de las políticas de desarrollo. Y por cierto debemos aceptar que lo humano se realiza en comunidad, con y en función de otros seres humanos, como parte integrante de la Naturaleza, sin pretender dominarla”, agregando más adelante que: *“...No se trata sólo de una deuda climática. La deuda ecológica, que se originó con la expoliación colonial –la extracción de recursos minerales o la tala masiva de los bosques naturales, por ejemplo–, se proyecta tanto en el ‘intercambio ecológicamente desigual’, como en la ‘ocupación gratuita del espacio ambiental’ de los países empobrecidos’...”*²⁰.

En esa misma lógica, Joan Martínez Alier²¹, teniendo presente que los problemas ecológicos son nuevos, complejos e interdisciplinarios (donde no caben metodologías y enfoques reduccionistas), nos plantea que existe un “comercio ecológicamente desigual” (*“...El metabolismo de las sociedades ricas no*

²⁰ Ídem, p. 318 y 336, considerando que: *“...Aquí cabe incorporar las presiones provocadas sobre el medio ambiente a través de las exportaciones de recursos naturales –normalmente mal pagadas y que tampoco asumen la pérdida de nutrientes y de la biodiversidad, para mencionar otro ejemplo– provenientes de los países subdesarrollados, exacerbadas por los crecientes requerimientos que se derivan del servicio de la deuda externa y de la propuesta aperturista a ultranza... los países más ricos han superado largamente sus equilibrios ambientales nacionales, al transferir directa o indirectamente “polución” (residuos, muchas veces tóxicos, o emisiones) a otras regiones sin asumir pago alguno...”* (p. 336).

²¹ En “Conflictos ecológicos por extracción de recursos y por producción de residuos”, que puede consultarse en la Revista “Letras Verdes. Revista Latinoamericana de Estudios Socioambientales”, n° 3, 2009, revistas.flacsoandes.edu.ec. Entre muchos otros autores de relevancia para el debate actual, conviene también tener presente los trabajos de E. Leff “La ecología política en américa latina: un campo en construcción”, Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, v. 2, n. 5, p. 125-145; “Aventuras de la Epistemología Ambiental: de la articulación de ciencias al diálogo de saberes”, S. XXI; México, 2006, quien en “Imaginarios sociales y sustentabilidad. Cultura y representaciones sociales”, año 5 núm. 9 UNAM, México, 2010, p. 42-121, poniendo de resalto la “alarma ecológica” y el “riesgo ecológico global” (la muerte entrópica del planeta), siendo éste el resultado de un modo de pensar y un modo de producir el mundo que han instituido globalmente un “mundo insustentable”, destacando en definitiva el *potencial neguentrópico* del planeta para construir una sociedad humana fundada en una racionalidad productiva sustentable.

se podría sostener sin conseguir a precios baratos los recursos naturales de los proveedores de materias primas. Es una condición estructural. Además, la capacidad de exigir pagos de la deuda externa ayuda a los países ricos a forzar a los pobres a la exportación de recursos naturales baratos... Los países que exportan materias primas deberían poner impuestos ecológicos a sus exportaciones, destinados a financiar una economía más sostenible...), sumados los "pasivos ambientales de las empresas" ("... Los balances y las cuentas de resultados de las compañías petroleras, mineras, madereras no incluyen los pasivos ambientales, esas deudas ecológicas. Los muchos intentos de iniciar juicios en Estados Unidos han tropezado con la negativa persistente en la forma de *forum non conveniens*..."), la "exportación de residuos tóxicos" ("... La cuestión es, ¿por qué debemos decidir sobre asuntos de vida o muerte con criterios estrictamente económicos? ¿Quién ha dado ese poder a los economistas?..." y también la "deuda ecológica" ("... aumentan los conflictos ecológico-distributivos, es decir, no solo estamos perjudicando a las generaciones futuras de humanos y eliminando otras especies que muchas veces ni siquiera conocemos, sino que hay también crecientes conflictos ambientales ya ahora mismo...").

De estos autores, con sus fecundos y potentes aportes, podamos convenir -introdutoriamente- en los siguientes puntos críticos de interés para el debate:

i) en el contexto de "mal-desarrollo" actual, prima un intercambio comercial y financieramente desigual;

ii) que también resulta en un intercambio ecológicamente desequilibrado, que genera notables desequilibrios y procesos lesivos en términos ambientales y sociales;

iii) En línea con Acosta -quien a la vez se remite a Ferrajoli- corresponde al respecto implementar mandatos y tareas relativas al objetivo de "desmercantilización", tal como se pregona en relación a los derechos humanos en general, en este caso también con respecto a la naturaleza;

iv) En ese marco el “derecho a la existencia” es de los propios seres humanos, de la naturaleza, sus bienes y de todos los seres vivos, donde *todos estos constructos mantienen una relación estructural, estratégica y complementaria*.

En el caso de la naturaleza ello implica el mantenimiento de los sistemas de vida -los conjuntos de vida, los ecosistemas- mediante derechos que son representables y tutelados por personas y grupos.

Como lo sostiene Acosta, el seguimiento metodológico de un plano normativo y reconstructivo produce una reconceptualización profunda y transversal de los DDHH, haciéndolo en términos ecológicos, pues al menos cabe reconocer que: *“al final la destrucción de la Naturaleza niega las condiciones de existencia de la especie humana y por tanto atenta contra todos los Derechos Humanos... los Derechos Humanos y los Derechos de la Naturaleza siendo analíticamente diferenciables, se complementan y transforman en una suerte de derecho de la vida y a la vida”* (ídem, pág. 355/356).

Compartimos también las conclusiones sostenidas por Martínez Allier sobre que los conflictos ambientales presentan distintos actores que tienen distintos intereses, valores, culturas, saberes, y también distintos grados de poder, que usan o pueden usar distintos lenguajes de valoración (por ej. puede ser que los poderes públicos y las empresas quieran imponer el lenguaje económico -análisis costo-beneficio, externalidades traducidas a dinero, evaluación de impacto ambiental; pero también caben otras miradas).

En un conflicto ambiental se despliegan valores ecológicos, culturales, de subsistencia de las poblaciones y también valores económicos. Son valores que se expresan en distintas escalas.

Coincidimos también con E. Leff, cuando sostiene que los imaginarios se convierten en bastiones de resistencia y medios de emancipación, en significantes estratégicos para legitimar otras formas de vida frente a la invasión de la globalización y ante los imperativos de la sustentabilidad. Poseen un potencial

de creatividad y alteridad en la construcción de sociedades sustentables²².

II.3 Superando el marco de la matriz colonial y eurocéntrica y una limitada mirada antropocéntrica, diremos que debemos entender que la dignidad humana y la calidad "de" y "en" la vida de las personas (sin dejar de defenderla como se encuentra en sus estratos y etapas actuales – en amplio desarrollo convencional desde el contexto de posguerra–), va de la mano²³ con otro proceso histórico de ampliación de derechos que hoy se encuentra cada vez más defendido, postulando su recepción como una nueva etapa textual del constitucionalismo: los derechos de la naturaleza y de otros seres vivos.

Las misiones y tareas estatales, fuertemente ligadas a la construcción histórica e institucional de los DDHH, también deben hacerse cargo de este recambio de paradigma en curso, donde *los enfoques, tanto el de los "derechos fundamentales" como el de los "bienes fundamentales", junto a los mentados derechos*

²² "...otro imaginario cultural —más arraigado en las cosmovisiones y tradiciones de los pueblos originarios andinos—, ha empezado a manifestarse en los foros de debate sobre la sustentabilidad. El imaginario del "vivir bien" se ha inscrito ya, después de la Cumbre de Cochabamba, en las agendas sobre el cambio climático como parte de las estrategias de los pueblos para ocupar su lugar en los debates y en la toma de decisiones que afectan sus condiciones de existencia. La discusión del "vivir bien" ocupó importantes espacios en la agenda y en las conclusiones de la Cumbre Mundial de los Pueblos ante el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, celebrada en Bolivia en abril de 2010. Por su parte, la ética del "buen vivir" y los "derechos de la naturaleza" se han inscrito ya en la nueva Constitución de Ecuador como principios rectores de la planificación del Estado ecuatoriano..." (E. Leff, op.cit, como en nota 21 en último término).

²³ Incluso puede recurrirse en términos —justamente— análogos a los de Germán J. Bidart Campos, en "Teoría General de los Derechos Humanos", Astrea, Bs As, 1991, p. 148 y respecto de los denominados "derechos por analogado". Ello, más allá de las estrategias internacionales, como sostiene Acosta, para poder potenciar los principios de vanguardia que tiene la Constitución ecuatoriana, como podría ser impulsar la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza, así como el establecimiento de un tribunal internacional para sancionar los delitos ambientales. Para mayores desarrollos me remito a la ponencia de mi autoría expuesta en el libro colectivo titulado "Derechos Humanos: perspectiva y actualidad", Tres Tomos -Dir. Patricio Maraniello-, IJ Editores, Argentina, 2018, capítulo IV, artículo titulado "Sobre la construcción de la noción de sujetos de derecho no humanos".

de la naturaleza y de otros seres vivos, han de ser puestos en visión armónica, estratégica, estructural y complementaria.

Sin desconocer ni afectar ni alterar los trascendentes reconocimientos de los derechos humanos, sus obligaciones correlativas y el desarrollo de las garantías pertinentes (dentro del denominado “enfoque de derechos”), conjunto que importa conceptualarlos como “inherentes a la persona humana” o a modo de “atributos de la persona humana”, siempre en calidad de derivaciones directas de la dignidad de los seres humanos, entiendo que más allá de la discusión sobre si conviene o no hablar de “personas” o de “personalidad”, cabe reconocer que existen razones de “peso” (ver trabajo citado en la nota 23) que desde las miradas y enfoques que venimos postulando y la síntesis enumerada en los párrafos previos, motivan la necesidad de equiparlos (por analogado) a aquellos sujetos titulares de derechos humanos, siendo dable abogar a tales fines por la calidad de “sujetos de derechos no humanos”, representables por sujetos humanos.

Estas apreciaciones se asientan en el ámbito específico de discusión que venimos apuntando, considerando -así- en estos tiempos, que no obstante las crecientes advertencias científicas en la materia, las grandes conferencias generadas (desde Estocolmo -1972- a Río -1992- y muchas otras), los informes anticipados (el informe del Club de Roma -1972-) y la incorporación en la agenda pública de estas problemáticas, sumados los debates éticos y meta-éticos aparejados²⁴, resulta que en el mencionado contexto del capitalismo global actual los avances concretos no son los idealmente esperados en términos de lograr acortar, prevenir y combatir las incompatibilidades y tensiones -de la que derivan injusticias sociales y ambientales- asociadas a los modos de producción, distribución y consumo prevalecientes.

²⁴ Por todos, ver Dale Jamieson, *Ethics and the Environment*, Cambridge University, Press, New York, 2008.

La “Justicia Social y Ecológica” y el Enfoque de los Bienes... | Eduardo R. Olivero

Aquel ámbito de discusión y éstos enfoques y herramientas planteadas como respuesta, se articulan frente a la comprobada e injusta realidad que nos indica que *el carácter privado y los óptimos postulados para los procesos económicos –razón economicista y maximizadora- no coinciden con los óptimos sociales ni ambientales esperables*²⁵, como planteos y temas del bien común, de la cultura y de la simbiosis “justicia social y ecológica”. Es decir, como tema Constitucional.

Reconocer a partir de estos elementos de análisis, la necesidad de sostener una simbiosis crítica entre la Justicia social, la Ambiental y la Ecológica, nos permite en consecuencia postular que el desarrollo de mayores instituciones de garantías -que “desmercantilicen” los derechos y bienes fundamentales, que creen las condiciones necesarias para su armónico desarrollo y que remuevan los obstáculos de sus actuales ataduras y fisuras- ciertamente exige repensar:

i) las “normas de tareas estatales” que serían correlativas y derivadas de esta simbiosis y

i) articularlas desde una visión complementaria y estructural entre el “enfoque de derechos” y el “enfoque de los bienes fundamentales” (incluidos los “derechos de la naturaleza y otros seres vivos”).

En suma, este es el camino postulado en orden a lograr reforzar la misión fundamental a cargo del Estado de garantizar la justicia social ante sus desafíos contemporáneos.

La “artificialidad social de la supervivencia”²⁶, que apareja la necesidad de propender a la integración social, mediante la

²⁵ “...El sistema ecológico actúa como proveedor de insumos al sistema económico, los que a su vez son utilizados para la producción de bienes o servicios. Al propio tiempo el sistema ecológico funciona como sumidero de desechos que son expulsados por el sistema económico como resultado de los procesos de producción y consumo. Bajo los patrones de desarrollo imperantes, el sistema económico no tiene en cuenta las exigencias del sistema ecológico...”, Rey Santos, op. cit., p. 7.

²⁶ Ver Ferrajoli, cit. como en nota 2. La garantía de los derechos sociales no sólo consiste en un deber impuesto por los instrumentos y convenciones constitucionales e internacionales,

tutela de las condiciones materiales y las circunstancias jurídicas y sociales de vida que están y van más allá del ámbito de la libertad de iniciativa individual, ciertamente depende de aquella ya postulada mediación institucional y de las políticas públicas articuladas como técnicas de garantías. Yendo hacia una sólida construcción de esta mediación institucional y social, entiendo que es innegable considerar el aporte de la simbiosis planteada con la justicia ecológica, forjando la consecuente tutela de los derechos y de los bienes vitales fundamentales.

En ese trascendente tren de ideas, propiciando un modelo que sostenga una mayor intervención del Estado en el reparto y disfrute de los bienes yacientes creados en la economía, bajo la antedicha misión de la justicia social, el profesor Raúl G. Ferreyra²⁷ también discute la necesidad de sentar nuevas bases de certidumbre para la reforma de la institucionalidad –en crisis- de la Argentina, donde las mismas reglas constitucionales favorecen –según lo enseña- “...*la sustanciación de modernos*

sino que: “...antes bien, es una necesidad vital, debida al cambio profundo que se produjo en la relación entre hombre y naturaleza, que ha hecho de los derechos sociales a la supervivencia -a la subsistencia, a la alimentación básica, a la salud y a la educación- un corolario de aquel derecho a la vida que en el modelo hobbesiano del Estado moderno constituyó la primera razón de ser del contrato social de convivencia...En efecto, en las sociedades actuales, caracterizadas por un alto nivel de interdependencia y desarrollo tecnológico, incluso sobrevivir, no menos que vivir, requiere garantías jurídicas, puesto que también la supervivencia, no menos que la defensa de la vida ante agresiones indebidas, es cada vez menos un fenómeno solamente natural y cada vez más un fenómeno artificial y social...”.

²⁷ R. G. Ferreyra, Sobre la paz y la justicia social, REDEA. DERECHOS en ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017: “... Los poderes hegemónicos extranjeros fuerzan a nuestros ciudadanos a un ‘esclavismo social’ que se define en gran escala, según la comprensión del Raúl Zaffaroni. La expansión, el agrandamiento del espacio de ‘dominación colonial’ del capitalismo trans o multinacional, coloca en cuenta regresiva la paz interna. Porque se trata de una agresión franca: la condena al subdesarrollo a nuestros ciudadanos bien intencionados...”. El destacado autor también nos recuerda la opinión de Sampay en su discurso como miembro informante del Despacho de la Comisión Revisora de la Convención Nacional Constituyente de 1949: “Por justicia social, señor presidente, debe entenderse la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y las clases con las obligaciones individuales, moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida en que contribuyen a su realización...”.

despotismos degenerados que impiden, lógicamente, la tutela de los intereses de todos...", operando un Mono-presidencialismo del que es esperable que "...desquicie y pulverice el fragmento constitucional referido a los derechos, bienes y deberes fundamentales". En ese marco, en dialogo con Sampay, rememora que la paz y la dicha del pueblo son los estadios más trascendentes, empero: "...la Argentina sufre una agresión que se concreta de diferentes modos, quizá en sus manifestaciones más evidentes: pago indebido a los "fondos buitres"; deuda externa contraída sin control ni límites; suma del poder público para la explotación sojera y minera; represión a sus ciudadanos (en especial, a la protesta social); aumento de tarifas de los servicios públicos; precarización del empleo de maestros y médicos, y otros trabajadores de la educación y de la salud; caída del empleo; freno a la obra pública; industria nacional a merced del Poder Ejecutivo Nacional; manejo antojadizo y extorsivo de los recursos del erario federal. El Estado constitucional, la mayor invención del hombre para la congregación de las coexistencias y la expectativa de una paz serena, se encuentra jaqueada. Colocada en entredicho, al menos la robustez de la paz social. El oficial público dispone políticas irracionales. Cualquier ciudadano en el auditorio podría preguntarse con legitimidad: '¿por qué?'. La Argentina se encuentra encadenada a los 'poderes salvajes supra-estatales', económicos y financieros, que originan que dos de cada tres argentinos sean desposeídos; ya sea pobre o población vulnerable a punto de serlo. Esa agresión provoca un severo proceso de desconstitucionalización del sistema político de la Argentina, que ya padece una inmunodeficiencia genética irrecuperable e irreversible: el monopresidencialismo..."²⁸.

²⁸ R. G. Ferreyra, *Sobre la paz y la justicia social*, REDEA. DERECHOS en ACCIÓN | Año 2 N° 3 | Otoño 2017: "... Los poderes hegemónicos extranjeros fuerzan a nuestros ciudadanos a un 'esclavismo social' que se define en gran escala, según la comprensión del Raúl Zaffaroni. La expansión, el agrandamiento del espacio de 'dominación colonial' del capitalismo trans o multinacional, coloca en cuenta regresiva la paz interna. Porque se trata de una agresión franca: la condena al subdesarrollo a nuestros ciudadanos bien intencionados...". El destacado autor

Es necesario, pues, para afianzar los objetivos trazados, que también logremos acometer el consecuente debate sobre la reforma de la institucionalidad pública en crisis, tratándose de un asunto sustancialmente ligado al éxito del debate y de las propuestas críticas generadas en torno a la problemática ambiental global y a las injusticias sociales acarreadas.

Concluimos este punto, reafirmando pues la simbiosis crítica postulada entre la Justicia social, la Ambiental y la Ecológica, que nos permitirá en consecuencia postular que el desarrollo de mayores instituciones de garantías -que “desmercantilicen” los derechos y bienes fundamentales, que creen las condiciones necesarias para su armónico desarrollo y que remuevan los obstáculos de sus actuales ataduras y fisuras- ciertamente nos exige repensar:

i) tanto las “normas de tareas estatales” que sean correlativas y derivadas de esta simbiosis y

ii) su articulación desde una visión complementaria y estructural entre el “enfoque de derechos” y el “enfoque de los bienes fundamentales” (incluidos los “derechos de la naturaleza y otros seres vivos”).

Por este andarivel -como ya lo refleja el constitucionalismo andino-, corren las nuevas etapas del constitucionalismo contemporáneo, cuyos textos hemos de asentar aún más en las renovadas epistemologías comentadas, afianzando sus fines tuteladores, protectorios y garantistas respecto de los derechos y de los bienes fundamentales, como asimismo de la calidad de vida en democracia.

también nos recuerda la opinión de Sampay en su discurso como miembro informante del Despacho de la Comisión Revisora de la Convención Nacional Constituyente de 1949: “Por justicia social, señor presidente, debe entenderse la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y las clases con las obligaciones individuales, moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida en que contribuyen a su realización...”.

III. Bases para el desarrollo de "normas de tareas" desde un "enfoque de los bienes vitales fundamentales"

Llegados a este punto en el debate, adoptamos las siguientes bases del pensamiento aplicado a los "derechos y bienes en acción", cuya lógica extendemos también al desarrollo y funcionamiento en conjunto de los conceptos entrecuadrados en el sub-título.

III.1 Breve síntesis del "enfoque y la lógica de derechos humanos en acción"²⁹ y de la idea de "las normas de tareas estatales"

a) Este enfoque es el que habitualmente (luchas, acciones y reivindicaciones mediante) se pretende resulte receptado y aplicable a la praxis institucional -con crecientes y diversificados alcances, expansivos y ampliatorios- y normalmente ello traduce sus primeros efectos sobre el diseño y la orientación de las estructuras y los procedimientos estatales, en la institucionalidad pública, en las medidas públicas y en las formas de actuación del Estado en general. Así lo refleja la historia y la lucha por la

²⁹ Ver: Sonia Solís Umaña, *El enfoque de derechos: aspectos teóricos y conceptuales*, www.ts.ucr.ac.cr. Para un enfoque de operacionalización de los derechos: Sandra Serrano - Daniel Vázquez, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, Flacso, México. Al respecto me remito a las temáticas y autores analizados en E.R. Olivero, *El interés público ante el "enfoque de derechos": análisis doctrinario y jurisprudencial*, Jurisprudencia Argentina, Suplemento Derecho Administrativo (Coord.: C. Botassi), 2013-IV, fasc. 9º, del 27/11/ 2013. SJA 2013/11/27- 20 ; JA 2013-IV. ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/2813/2013 y *El interés público y los derechos fundamentales*, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica (nº 6), IJ Editores. Fecha de publicación: 17 de diciembre, 2013 (IJ-LXX-187), donde sostuvimos la propuesta que indica que la forma de eliminar la tensión que suele advertirse entre la eficacia administrativa (bajo la finalidad de persecución del interés general) y la defensa de los derechos de los particulares, es justamente vincular la mentada "concretización del interés público" con el referido "enfoque de derechos", lo que permite advertir dos cuestiones centrales para el análisis: 1) Que toda limitación de los derechos fundamentales debe tener lugar por ley; y 2) Que el Derecho Administrativo conecta al interés público (categoría constitucional) y a la gestión administrativa, con la garantía de la eficacia social de los derechos individuales y colectivos que encuadran su validez, legitimidad y consistencia en términos sustantivos constitucionales, con apertura a los ámbitos democráticos y pluralistas, a nuevas y complejas realidades, a los renovados y creativos tópicos de garantías, entre otros.

ampliación de derechos y garantías articulada contra el poder estatal abusivo o requiriendo asimismo de sus roles y estrategias de intervención para lograr su tutela y satisfacción igualitaria.

Esta situación y cuadro normativo (político, cultural), hoy día, como ya lo vimos, debe extenderse y enfatizarse frente a los abusos y el absolutismo de los poderes privados.

Además, por las razones y bases que venimos comentando, también se torna necesario hacer una ampliación (textual, institucional) hacia el “enfoque de los bienes vitales fundamentales”.

De aquél primer enfoque (el de los D.D.H.H.) normalmente se pretenden derivar los respectivos mecanismos (según los casos implicados) de “empoderamiento” de actores, como de vigilancia, de seguimiento y de monitoreo de los objetivos y resultados perseguidos. Todo ello se ha desarrollado, a su vez, conforme los respectivos marcos conceptuales (“robustos”, pertinentes y apropiados), relativos a cada derecho fundamental en juego (ver por ej. las observaciones generales del Comité DESC –ONU- y de otros tantos comités intervinientes)³⁰.

³⁰ En un plano relacionado, hace tiempo que se vienen enfatizando determinadas consecuencias en materia de medidas, acciones y políticas públicas, traducidas en un lenguaje de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos (Para un panorama general de este enfoque puede verse: Abramovich, V. su trabajo titulado “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en Abramovich, Victor- Alberto Bovino- Christian Courtis –compiladores-, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto, Bs As, 2007, Argentina; y respecto de los derechos sociales: ver Christian Courtis “Los derechos sociales como derechos”, en *Los derechos fundamentales*, Editores del Puerto, Bs As., 2003). Cabe recordar aquí que del marco conceptual centrado en el cuerpo de principios, reglas y estándares del derecho internacional de los derechos humanos, se deriva –entre otras- la proposición de que tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes y constituyen un complejo de obligaciones negativas y positivas a cargo del Estado, con diversos pesos simbólicos en cada caso (a modo de un *continuum* de derechos). Así, las diferencias entre tales derechos son meramente de grado y no sustanciales, cobrando interés la visión que destaca la existencia de niveles de obligaciones estatales (por ej: obligaciones de respetar, proteger, garantizar, promover, etc.) que caracterizan al complejo que identifica a cada derecho en juego, independientemente de su adscripción como derecho civil, político o económico, social o cultural. Ver también de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones

El rol desplegado por los órganos internacionales de aplicación y control de los DDHH (por ej. el caso de la Corte IDH), ha reforzado este enfoque -política, jurídica y culturalmente- y la plena aplicabilidad y exigibilidad de los principios, reglas y estándares propios de una concepción jurídica de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC, art. 75 inc. 22 CN): desplegando para ello sentidos, tareas y obligaciones estatales vinculantes y forjando la adopción de mayores instituciones de garantía; lo que a su vez "potencia" la concordancia y la coherencia práctica entre la legalidad declarada, la institucionalidad y las prácticas socio-económicas y políticas imperantes³¹.

Esta visión adquiere valiosas connotaciones en términos sustantivos y procesales³².

Unidas, *Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual*, ONU, 2004, donde se establece un enfoque de derechos humanos aplicado a estrategias de reducción de la pobreza, con importantes derivaciones lógicas e innovaciones conceptuales. Uno de los puntos interesantes de análisis que se plantean, radica en la distinción entre diferentes formas en que los derechos humanos pueden ser pertinentes para la pobreza: pertinencia constitutiva, pertinencia instrumental y pertinencia restrictiva respecto del contenido y el ámbito de las estrategias de reducción de la pobreza (ver <http://www.fao.org>).

³¹ Al respecto es útil distinguir entre niveles de obligaciones estatales: i) la obligación de respetar (más propiamente vinculada a los límites negativos impuestos por los derechos al accionar del Estado o de terceros: no interferir con la libertad de acción y los planes de cada individuo o grupo en el modo de ejercicio de sus legítimos derechos, en el uso de sus recursos y medios propios o en la forma de autosatisfacción de sus necesidades económicas y sociales; no discriminar, etc.); ii) la obligación de proteger (prever estructuras y mecanismos de tutela de aquellas libertades y derechos frente a eventuales afectaciones causadas por terceros); iii) la obligación de garantizar (adoptar las medidas pertinentes para asegurar y satisfacer el acceso a y el goce efectivo del contenido mínimo exigible de cada derecho en juego: provisión de bienes o servicios básicos, tutela de sectores marginados o excluidos, etc.); y iv) la obligación de promover (discusiones sobre los medios y medidas de mayor alcance, formulación de políticas, programas, metas, modalidades y opciones de desarrollo progresivo, etc. favoreciendo aquí -mayormente- la acción de las instituciones democráticas). Las últimas tres obligaciones son más proclives a ser identificadas con obligaciones positivas, principalmente a cargo del Estado (sin mengua del control sobre las omisiones en adoptar medidas o realizar acciones).

³² En dicha línea, ver R. E. Gialdino, *La protección de la vida y de la familia, y el derecho a la vivienda y a la seguridad social, en situaciones de pobreza extrema. Obligaciones positivas sustanciales y procesales del Estado*, en JA Fasc. 4, 2008-IV, p. 3 y sigs.

Como lo sostiene Abramovich, los estándares de derechos humanos sirven para fijar un marco para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y de las agencias de cooperación para el desarrollo, estableciendo una vara o criterio común para la fiscalización y evaluación posterior. En ello, cabe el entendimiento que los derechos humanos no son pensados tan sólo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como un programa normativo que guía, orienta y controla las políticas públicas de los Estados, contribuyendo al mismo tiempo al fortalecimiento de las instituciones democráticas.

Los marcos conceptuales acordes a cada derecho y a sus interrelaciones como *derechos en acción*, presentan un conjunto de exigencias, estándares, obligaciones y herramientas que son receptadas (gracias a la labor de los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales) y desarrolladas por el *lenguaje y la lógica del derecho de los derechos fundamentales* y que resultan de insoslayable observancia crítica en y para la práctica institucional -con todas sus luces y sombras³³. Son basamentos

³³ Existen diversos fenómenos críticos de nuestro específico medio regional y local, reconocidos en tempranas y valiosas obras politológicas. Por ejemplo, véase la obra de G. O'Donnell, en "Acerca del Estado, la Democratización y Algunos Problemas Conceptuales", en Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales, N° 130, vol. 33, IDES, Bs. As.1993, donde se destaca el crecimiento en nuestro país de las "zonas marrones", fruto de la desintegración social y económica y de la crisis estatal, exponiendo que: "...en estas zonas hay elecciones, gobernadores y legisladores nacionales y provinciales (...). Aun cuando puedan ser los partidos de esas provincias miembros nominales de partidos nacionales, no son más que máquinas personalistas ansiosamente dependientes de las prebendas que puedan extraer de los organismos estatales, tanto nacionales como locales: Estos partidos y los gobiernos locales funcionan sobre la base de fenómenos tales como el personalismo, el facilismo, el prebendismo, el clientelismo (...). Estos circuitos de poder están representados en el centro de la política nacional (...) los intereses de los legisladores marrones son bastante limitados: sostener el sistema de dominación privatizada que los ha elegido y canalizar hacia ese sistema la mayor cantidad posible de recursos estatales (...) la tendencia de sus votos es conservadora y oportunista: dependen para su éxito del intercambio de favores con el Ejecutivo (...) estos políticos convergen con la orientación delegativa y cesarista del Poder Ejecutivo en su hostilidad a cualquier forma de responsabilización (accountability) horizontal (...) implica la introyección del autoritarismo(...) negación de lo público y de la efectiva legalidad del estado democrático y, por tanto, de la ciudadanía (...) un contexto autoritario tiene una característica

necesarios para provocar avances políticos, culturales, jurídicos (en la comunión saber y praxis) en clave de garantías, delimitando ámbitos de intervención, límites, prohibiciones, vínculos negativos y positivos y todo un renovado plexo de relaciones con el mercado y con el Estado; tal como lo refleja el interesante y conocido desarrollo jurisprudencial y normativo internacional, nacional y subnacional producido en las últimas décadas y que hoy nuevamente se ve puesto en crisis a partir de los excesos y abusos propios del capitalismo global en curso –comentados en el capítulo anterior-

Este enfoque se dirige sobre todo a revertir problemáticas estructurales subsistentes y a combatir la precarización de las políticas públicas y sociales, mediante diversas estrategias de intervención (por ej. aquellas que buscan lograr el pasaje desde la negación o la asignación arbitraria y selectiva por el poder público de turno, al otorgamiento de derechos afirmados por un esquema institucional de garantías que se asienta con integralidad en el "enfoque de los derechos humanos": visualizando y tornando exigibles deberes, obligaciones y responsabilidades consecuentes según los casos involucrados³⁴).

fundamental: no existe un sistema legal (o si existe no tiene verdadera efectividad, o puede anularse ad-hoc, o está subordinado a normas secretas o al capricho de los gobernantes) que garantice la efectividad de los derechos y garantías (...). En los países con grandes zonas marrones las democracias se basan en un estado esquizofrénico, en el que se mezclan funcional y territorialmente, importantes características democráticas y autoritarias. Se trata de un Estado cuyos componentes de legalidad democrática y, por lo tanto, de lo público y lo ciudadano se esfuman en las fronteras de diversas regiones y relaciones de clase, étnicas y sexuales (...). Un Estado incapaz de imponer su legalidad sustenta una democracia con una ciudadanía de baja intensidad (...). En muchas zonas marrones se respetan los derechos participativos y democráticos de la poliarquía, pero se viola el componente liberal de la democracia".

³⁴ Como bien lo destaca Abramovich: "...el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad y al manejo clientelista las prestaciones o intervenciones que las Constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos (...) el reconocimiento de derechos en las Constituciones y en los tratados está destinado a imponer obligaciones a los poderes públicos" (Abramovich, *op. cit.*, p. 247). Sobre los impactos producidos en materia de la discrecionalidad administrativa, me remito a E.R. Olivero *La discrecionalidad administrativa ante los deberes funcionales de la Administración y las injerencias de los principios de derechos humanos*, publicado en elDial.com, DC13E8, publicado el 12/08/2010.

Vale recordar, asimismo, que los marcos conceptuales acordes al enfoque en comentario adquieren directa injerencia, principalmente, en la agenda pública estatal y también en torno a las estrategias de intervención jurídica en materia de políticas públicas y sociales. Para ello, como lo venimos enfatizando, el *enfoque de derechos* exige dotar a cada estrategia e intervención jurídica de un marco conceptual orientador explícito (bajo la presencia de estándares tales como la razonabilidad, la idoneidad/adequación, la progresividad, la igualdad real de oportunidades, la garantía de los niveles mínimos y esenciales de disfrute de los derechos, etc...). Se pretende que dicho marco permita orientar y luego rendir cuentas – ante el dictado de políticas o medidas públicas- en torno a la relación entre el derecho humano de que se trate en cada caso, las obligaciones correlativas y las técnicas de garantía y exigibilidad que correspondan.

Por último, el “enfoque de derechos” concibe además a las personas como sujetos de su propio desarrollo –potenciando sus capacidades en la defensa de sus derechos-, más que como meras beneficiarias pasivas de las intervenciones estatales. Este enfoque, en fin, utiliza las normas sobre derechos humanos como un obligado marco referencial para el logro de ciertos objetivos (por ej. reducir la pobreza), aplicando y desarrollando valores y principios básicos de derechos humanos (no discriminación, universalidad, atención de grupos vulnerables, participación, indivisibilidad e interdependencia, roles de los titulares de derechos y obligaciones, empoderamiento, transparencia, rendición de cuentas, etc.) y sosteniendo sus injerencias –en clave de garantías- respecto de las tareas de elaboración, planificación, implementación, monitoreo, seguimiento, vigilancia, etc. de programas, planes y políticas públicas en general.

Para tales objetivos, cabe tener presente que el Estado puede adoptar al respecto diversas modalidades de regulación o de prestación de servicios, imponiendo incluso diversas restricciones, limitaciones u obligaciones a terceros (la exigencia de contar con recursos y provisiones presupuestarias no es la

única forma posible de tutelar y satisfacer los derechos sociales -ni resulta ser la única medida exigible al Estado-).

b) En cuanto a la noción de "normas de tareas estatales", receptados por las actuales etapas evolutivas y textuales propias del Estado Constitucional³⁵, debemos considerar que por un lado está el modelo "típico-ideal" inicial del constitucionalismo, el modelo de "facultamiento y delimitación" (parte orgánica y parte dogmática; razonamientos desde las "afectaciones y limitaciones"; énfasis en lo formal y lo técnico; ausencia de normas que definan funciones y tareas etc.-). Por el otro, viene estando cada vez más presente el "modelo de los valores fundamentales", tratándose de un tipo de constitución en cuyo texto -además de aquellos facultamientos y delimitaciones-, se expresan contenidos, valores, fundamentos y sobre todo "tareas".

En el marco comparado del Tipo del Estado Constitucional, cobran presencia pues las "normas de tareas", dando lugar a un campo *"rico en la innovación y la fantasía, la diversidad de textos y la capacidad de diferenciación, incluso ambivalencia, de los constituyentes. Tales normas conquistan todas las partes y los campos problemáticos de la Constitución: desde el preámbulo, pasando por los derechos fundamentales, hasta la parte orgánica. Se dirigen a los destinatarios más variados (funciones del Estado, ámbitos de la sociedad o la economía) y van desde las cláusulas de 'preocupación' (...) artículos de 'protección' y 'promoción', hasta el mandato constitucional justiciable o el mandato legislativo(...)*La creciente utilización

³⁵ Con sus correlativos procesos intensivos de crecimiento y diferenciación. Peter Häberle, *El estado constitucional*, UNAM, México, 2003, p. 247 y ss.: nos enseña que en los catálogos de tareas del Estado se encuentran temas típicos de los derechos fundamentales -entendidos como límites y además como "tareas"- y en cuya tematización pueden darse no solo intersecciones sino, en lo que nos interesa aquí, conflictos entre objetivos (por ej. ecología y economía) (p. 249). Nuestro autor refiere que el *homo economicus* es una verdad parcial y que la sociedad abierta no es un "juego de ganancia económica", requiriendo ello un traslado de la estructura de la división de poderes hacia la economía. Dentro de los desafíos de la teoría constitucional (y también para la política constitucional) deben pues ser vinculados -en concordancia práctica- la ecología y la economía.

de normas de tareas es una característica de la actual etapa evolutiva del Estado Constitucional y expresa una concepción diferente del Estado y de la Constitución (...) llama la atención la creciente intercambiabilidad entre los derechos fundamentales y las tareas del Estado (...) El estado no posee valor propio; sus tareas son, a final de cuentas, 'tareas de los derechos fundamentales' ”³⁶.

En este sentido y en el marco de nuestro estudio, podemos postular que el desarrollo de concretas “normas de tareas” en nuestros marcos institucionales debe verse articulado:

i) desde el interés de tutelar (instituciones de garantías) el acceso a y el pleno goce igualitario de los DDHH, respetando para ello las variadas exigencias metodológicas antedichas emanadas del “enfoque de derechos” (por ej. coherencia con los marcos conceptuales y con las obligaciones y responsabilidades derivadas según el derecho en juego; creación de condiciones y remoción de obstáculos; tutelando a la vez las mayores “intensidades” y garantías implicadas en la concreción de garantías vitales del contenido esencial e inalterable de los derechos³⁷);

³⁶ Häberle, *op. cit.*, p. 201 y ss.

³⁷ Ver E.R. Olivero, El interés público ante el “enfoque de derechos”... *cit.* como en nota 29. La CSJN en autos: “Recurso de hecho Q. C. S. Y. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 24/4/2012, Q. 64 XLVI, sostuvo: “En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos”, debiendo acreditarse en tal sentido: “una amenaza grave para la existencia misma de la persona”, tratándose de “garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal” (consid. 12º). En dicho fallo, se consideró que el “esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos (...) no es suficiente o adecuado” (consid. 13º), señalando que dicho esfuerzo debe ser “el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de ‘bajo costo’” y debe ser “adecuado para garantizar la protección y al asistencia integral” del afectado (consid.15º). En referencia a los contenidos mínimos, en algunos fallos del alto tribunal se ha dicho que: “Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que la Corte Suprema debe proteger, y un principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades

ii) atendiendo además –dentro de los objetivos de este ensayo- a los vínculos estratégicos y garantistas que venimos resaltando entre la justicia ambiental, la ecológica y la justicia social, conforme las renovadas epistemologías y perspectivas de abordaje previamente enunciadas y los aportes que sumamos en el punto III.2 siguiente.

Las “normas de tareas”, importan el activo involucramiento –por todas las instancias estatales-, en cuanto a la concretización y objetivación en instituciones –sucesivas- de garantías de los contenidos de los derechos –y además de los principios, valores y bienes fundamentales-, todo desde la óptica de un relativamente nuevo lenguaje: aquel centrado en los “enfoques de derechos humanos” y, según lo entendemos, también en los enfoques de los “bienes vitales fundamentales”, en sus justos ámbitos propios de tutela y sin menoscabar sus mutuas y estructurales relaciones.

III.2 Su concordancia con el “enfoque de los bienes vitales fundamentales”: en tanto el paradigma del “acceso a los bienes básicos” es consistente y se refuerza mutuamente con el paradigma protectorio - tutela de los “débiles”- entre cuyas manifestaciones se encuentra el progresivo reconocimiento de derechos fundamentales³⁸, metodológicamente articulado

excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos” (En autos: Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios, sentencia del 29/03/2005. Fallos 328:566. Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti); “Quienes tienen a su cargo la administración de los asuntos del Estado deben cumplir con la Constitución garantizando un contenido mínimo a los derechos fundamentales (...) la Constitución no consiente interpretaciones que transformen a los derechos en meras declaraciones con un resultado trágico para los ciudadanos. Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe proteger” (en autos: Ministerio de Salud c/Gobernación s/acción de amparo, sentencia del 31/10/2006. Fallos 329:4741).

³⁸ G. Maurino, *Derechos Sociales Fundamentales y bienes jurídicos protegidos en el Código. El caso de la Vivienda*, http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/177_Gustavo_Maurino.pdf. En cuanto a

desde el enfoque ya visto en el punto anterior, diremos que *a fortiori* se advierte sin mayores complicaciones la plena complementariedad e interdependencia entre ambos enfoques postulados: el “enfoque de los derechos fundamentales” y el de “los bienes fundamentales” sustancialmente ligados al contenido de los derechos sociales y a la visión -ya enfatizada- de los D.E.S.C. en clave jurídica y de garantías (con mayor énfasis, reitero, en materia de tutela de los denominados mínimos vitales).

Demás está recordar aquí, como es bien sabido, que existen derechos “a” ciertos bienes fundamentales (sociales), que concretan estrechas e indisponibles relaciones a su respecto: por ej. el derecho al agua potable, así como el derecho al saneamiento, que son necesidades básicas y derechos fundamentales derivados del derecho a la salud³⁹.

Siguiendo a nuestro autor de base (Ferrajoli: ver nota 7) en protección de los bienes vitales fundamentales, que son también universales y de accesibilidad garantizada para todos, éstos deben resultar sustraídos a la lógica del mercado vía la intervención del derecho (Ferrajoli divide a tales bienes en:

los derechos sociales, afirma: “...su dimensión más robusta, aquélla de la cual genuinamente puede postularse una proyección emancipatoria o igualitaria, consiste en la garantía de acceso a ciertos bienes o servicios materiales fundamentales, o primarios, para la dignidad y autonomía -atención de la salud, alimentos, vivienda, agua, educación, un mínimo de disponibilidad de recursos económicos como resultado del trabajo o la protección social, etc.. Así como los derechos civiles fundamentales cumplen su función moral básica en su operación como inmunidades de una esfera personal de autodeterminación individual frente a intromisiones estatales o privadas, los derechos sociales encuentran su promesa más significativa en la garantía universal de acceso a las condiciones materiales primarias para que dicha autodeterminación sea significativa para cada ser humano...”.

³⁹ Urquhart Cademartori, Sergio y Mesquita Leutchuk de Cademartori, Daniela. (2014), “El agua como un derecho fundamental y el derecho al agua potable como un derecho humano fundamental: una propuesta teórica de políticas públicas”. *Jurídicas*. No. 1, Vol. 11, pp. 117-137. Manizales: Universidad de Caldas, p. 128: “El derecho a la salud, por ser un derecho fundamental es universal, por lo que debe observarse la calidad del agua para consumo humano y la falta de saneamiento. El uso abusivo de ese recurso es una demanda del modelo de desarrollo económico ilimitado...”.

1.- personalísimos: órganos vitales del cuerpo⁴⁰; 2.- comunes: aire, ambiente, bienes ecológicos; 3.- sociales: el agua potable, alimentación básica, fármacos considerados esenciales). Ello requiere para su adecuada garantía adicionar una categoría diversa a la de los derechos fundamentales (precisamente la de los bienes fundamentales), cuyo lenguaje no alcanza ni resulta suficiente para asegurar *per se* tales objetivos y sus técnicas de tutela; aunque sean objeto de derechos sociales.

Ambos son indisponibles, pero nos enseña Ferrajoli que los derechos fundamentales tienen una indisponibilidad lógica e inviolable, son normas téticas (sus sujetos son siempre titulares de ellos hagan lo que hagan o quieran lo que quieran), mientras que los bienes fundamentales tienen una indisponibilidad jurídica y violable (en *Principia Iuris*, op. cit., Vol. 2, pág. 255/256) y solo pueden ser garantizados por la prohibición de disponer de ellos o por la obligación de hacerlos accesibles a todos (carácter deóntico: prohibición + prestación obligatoria).

Son amplios los espacios para el desarrollo de las mencionadas "normas de tareas" (protectorias, de gestión, de garantías, normas de defensa, etc.) en estos ámbitos: dirigidas al respecto, garantía y satisfacción de los DESC, al aseguramiento de niveles de vida adecuados, etc. (DUDH, PIDESC y cctes), en fin a dar andamiaje a la máxima de que hoy día "gobernar es igualar" (en términos del profesor Ferreyra). No sólo hay correspondencias entre los enfoques antedichos (de derechos y de bienes fundamentales) en cuanto a la necesidad -y los "empoderamientos" correlativos- de transparentar, debatir, combatir, controlar la existencia de situaciones o relaciones injustamente desiguales o discriminatorias, atentatorias de la existencia y subsistencia,

⁴⁰ Donde se vehiculizan lógicas distorsionadoras y confusas entre el derecho real de propiedad -disponible- con los derechos fundamentales -indisponibles- tales como la salud y la integridad personal; Ver Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., Vol. 2, p. 258 y García Manrique, Ricardo, *La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietario*, Revista de Bioética y Derecho, núm. 40, julio, 2017, pp. 49-61, Universitat de Barcelona, Barcelona, España.

etc., sino que las medidas y políticas públicas perseguidas (cual eje de la *necesaria mediación institucional* advertida en el capítulo anterior) han de ser orientadas y fiscalizadas en función de (siempre siguiendo a nuestro encomiable autor de base):

i) la regulación (rígida y en términos de incompatibilidades) de los conflictos de intereses entre la *lex mercatoria*, la esfera pública y los derechos fundamentales, introduciendo mayores -y pertinentes- vínculos y límites para la tutela de los últimos y de los bienes fundamentales; quebrando la lógica seguida por el mal-desarrollo o el desarrollo insostenible actual, con sus efectos destructivos globales y en interés de viabilizar críticamente la simbiosis entre la “justicia social” y la “justicia ecológica” -desarrollada en el capítulo anterior-, enraizada en renovadas misiones y tareas estatales.

ii) la atribución a la esfera pública (función de “des-mercantilización”) de todo lo relativo a la producción y distribución de bienes vitales fundamentales (bienes sociales: nuestro autor menciona al agua, alimentos básicos –política alimentaria y agrícola-, fármacos esenciales –patentamientos, ausencia de mercados, apartheid sanitario-; postulando la no privatización o patrimonialización, la prohibición de patentar, el aseguramiento de acceso, la garantía de mínimos vitales). Uno este punto con lo ya expuesto sobre la “artificialidad social” de la existencia y supervivencia –recuperando el derecho a la vida- y la creación de condiciones de vida y satisfacción de los DESC, en garantía de la supervivencia y la existencia y con la remoción de obstáculos –de toda índole-, también como misiones y tareas a cargo de los Estados a nivel local que ponen en juego la ya pregonada mediación de la institucionalidad pública y de las políticas públicas (intervención estatal social, inversiones sociales; todo más allá de las reformas a lograr en torno a las instituciones internacionales de garantías, conforme la creación de una esfera pública mundial y la fijación de una adecuada política económica y fiscal internacional – articulada desde las bases y epistemologías desde el sur desarrolladas en el capítulo anterior: contemplando entre otros la “deuda ecológica”).

iii) la limitación (también rigurosa) de la autonomía empresarial ante el carácter nocivo de ciertas actividades productivas o de los bienes producidos (impedimento de apropiación privada, destrucción, disipación, negociación de los bienes vitales comunes y sociales: aire, agua, integridad del ambiente, etc.; límites a la explotación ante el problema energético, desarrollo de energías renovables mediante intervenciones públicas, etc.).

iv) El desarrollo de suficientes e idóneas garantías primarias y secundarias (según cada órbita competencial y ámbitos de actuación) que aseguren la efectividad de las normas dictadas y las diversas responsabilidades en juego.

Surge patente la obligación de proveer universalmente (sobre todo hoy día, reitero, ante los poderes salvajes, fácticos y privados y ante todo abuso de poder o lo mismo de cara a la falta de prestaciones sociales oportunas, integrales y suficientes) adecuada asistencia, prevención, protección, promoción, etc. ante la efectivización de los DESC, tutelando asimismo y en plena concordancia a los "bienes vitales fundamentales" que son su objeto y sobre los cuales (a diferencia de los bienes patrimoniales) está prohibida su lesión y su disposición. Sabiendo que éstos pueden ser vistos como un derecho fundamental y como un "bien fundamental", es indudable que se insertan en la misma lógica de los derechos fundamentales, permaneciendo como tales indisponibles (universales, inalienables, inviolables) al Estado y al mercado⁴¹ (para Ferrajoli –a diferencia de los

⁴¹ Idem como en nota 39, autores que siguiendo a Ferrajoli, sostienen (p. 123) que la cuestión requiere "un análisis en el marco teórico del Estado de Derecho, estructura jurídico-política abocada a la tarea de proteger y garantizar valores, bienes e intereses considerados relevantes (o supremos) por la sociedad. La tarea de positivización de esas categorías comenzó con la proclamación de los derechos fundamentales, presentes en las constituciones de los Estados democráticos como reservas intocables para los poderes públicos, tanto públicos como privados. El próximo paso será entonces, a partir de la noción de derechos, deducir la categoría de bienes fundamentales, entendidos como merecedores de tutela igual a la de los derechos...". Asimismo, siguiendo al mismo autor, distinguen los bienes patrimoniales y los fundamentales: "Se llaman bienes patrimoniales aquellos bienes disponibles en el mercado a través de actos de disposición y de intercambio, a la par de los derechos patrimoniales de los que son el objeto, a cuyos titulares son reservados el derecho de uso y goce. Por otro lado, se denominan bienes fundamentales los bienes

bienes personalísimos y los bienes comunes- al menos en la garantía de los contenidos mínimos vitales).

Los autores refieren allí que los bienes en sí mismos (vitales y por ello fundamentales) “...son valorados como objetos de garantía, incrementando los respectivos derechos fundamentales a través de la introducción de prohibiciones de lesión o de obligaciones de prestación...el jurista italiano reivindica que a las innumerables cartas y convenciones, internacionales y constitucionales de derechos fundamentales, deberían sumarse Cartas constitucionales y Cartas internacionales de bienes fundamentales, idóneas, por un lado, para garantizar los bienes personalísimos y los bienes comunes, con el fin de imponer límites rigurosos al mercado y al desarrollo industrial, y por otro lado como garantía de los bienes sociales, vinculándolos a la política para volverlos accesibles a todos...”.

En suma: proteger un bien como fundamental, como lo venimos exponiendo, importa atribuirle o reconocerle la calidad de “indisponible, inalienable e inviolable” y des-mercantilizarlo, sustrayéndolo del mercado y del arbitrio estatal o del legislador.

En este sentido, los bienes fundamentales –bajo tales presupuestos- complementan y se encuentran en interdependencia y relación estructural con el paradigma protectorio y garantista de los derechos fundamentales (que integran y refuerzan): las comentadas bases para el desarrollo de instituciones de garantías (con sus límites y vínculos impuestos) permiten su tutela efectiva, su protección y satisfacción en conjunto, sea ante los poderes privados o públicos, con matices diferenciadores.

Es realmente genial la referencia de nuestro autor de base sobre que los instrumentos de derechos fundamentales evocan y se relacionan con la idea del “contrato social” y que en el caso de la Carta internacional de bienes fundamentales ella se

cuya accesibilidad está garantizada a todos y a cada uno de los individuos, porque son el objeto de otros tantos derechos fundamentales...” (p. 128).

enmarca en una especie de "contrato natural" -convivencia con la naturaleza-⁴².

Se requieren pues instituciones públicas de garantía aplicadas también a los bienes comunes y a los bienes sociales, dentro del mismo enfoque protectorio y prestacional de los DDHH y con sus matices particulares según los casos. En una visión que excede (en el sentido de un plus) aquellos vínculos complementarios entre los enfoques considerados, este plexo de garantías no se limita a los derechos de los que son objeto tales bienes. Por lo contrario, se exige la previsión de "normas de tareas" -con el consecuente complejo de órganos y funciones administrativas- y a la vez "instituciones de garantía" de los bienes comunes y de los bienes sociales, garantizando su goce a todos en tanto objeto de derechos fundamentales.

Se trata del desarrollo de las instituciones de garantía primaria y secundaria de los bienes comunes (imponiendo límites estrictos y rigurosos a las actividades industriales y empresariales perjudiciales -salud, medio ambiente- y asegurando con eficacia las responsabilidades pertinentes -penales, civiles y administrativas-). También de garantías adecuadas para los bienes sociales -agua, alimentación básica, fármacos esenciales- con el fin distributivo implicado.

En suma, entre ambos enfoques está en juego, así, como factor "contra-hegemónico":

- i) El incremento progresivo del *grado de garantismo -también solidario- de un sistema jurídico*;
- ii) Al precisar y debatir los *vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos* -como también las zonas de

⁴² Michel Serres, en *El Contrato Natural*, Pretextos, Valencia, 1991, autor mencionado por Ferrajoli y que principia sus brillantes líneas sobre el contrato natural diciéndonos: "...nuestro conocimiento industrial interviene quizá de forma catastrófica en esa naturaleza global de la que los mismos antiguos pensaban que no dependía de nosotros...", en lo sucesivo, no sólo depende...sino que...nosotros dependemos, para nuestra vida, de ese sistema atmosférico cambiante..." -p. 49-

discrecionalidad legítima posibles⁴³- y también a *los poderes privados* -y lo mismo en sus interrelaciones-

Estos límites y vínculos, tranquilamente pueden desarrollarse del modo antedicho en un “enfoque de bienes fundamentales”: donde varían aquellos vínculos y contenidos de los marcos conceptuales -pero no así el enfoque protectorio y garantista en juego-

La cultura jurídica y política y su capacidad de análisis y de proyección (como respuesta frente a la injusticia y a la incertidumbre) nos permite insistir -en el marco ya comentado de recambios epistemológicos- en el valor expansivo y a la vez refundacional de la Constitución y de la “Teoría Constitucionalista”, que hoy no solo hace, como lo vemos, a la interrelación de lo supranacional con lo constitucional, sino que se extiende a nuevas relaciones, “mestizajes” y etapas textuales.

El derecho y las instituciones formales deben coadyuvar a resolver -de modo integral- las tensiones reales presentes entre los campos sociales, económicos y ambientales, dirigiendo su accionar (preventivo, protectorio, garantista, solidario, etc.) hacia la tutela efectiva “de” y el acceso igualitario “a” los bienes vitales fundamentales, como método potenciador de las garantías de los derechos sociales.

Es innegable que hoy día debe expandirse el paradigma constitucional -como sistema lógico y formal de límites y vínculos- en todos sus niveles (internos e internacionales), en el desarrollo actualizado de garantías de los derechos sociales, frente a los ámbitos privados y también en garantía de los bienes vitales fundamentales; todo frente al absolutismo económico global reinante (primacía de la racionalidad económica cuantitativa, maximizadora y excluyente).

⁴³ Sobre los impactos producidos en materia de la discrecionalidad administrativa, me remito a E.R. Olivero *La discrecionalidad administrativa ante los deberes funcionales de la Administración y las injerencias de los principios de derechos humanos*, publicado en el Dial.com, DC13E8, publicado el 12/08/2010.

Las injerencias –protectorias, garantistas, vinculantes- que así recaen obligadamente sobre el sistema legal e institucional y su praxis concreta consecuente, han de verse en plena concordancia y coherencia respecto de los recambios epistemológicos políticos y culturales apuntados en el punto anterior. El “enfoque de derechos” se traduce con la misma convicción -y potencialidad para la claridad metodológica- en un “enfoque de bienes fundamentales”, que también despliega “normas de tareas” y configura instituciones de garantías.

En su mérito, las garantías han de extenderse a la tutela de los bienes vitales comunes, sociales, personalísimos y fundamentales⁴⁴.

Por último, el innegable costo de los derechos⁴⁵, aplicado a los derechos sociales y a las condiciones de exigibilidad, pone de manifiesto lo indispensable de las inversiones públicas –evaluadas colectivamente y conforme la elaboración meditada de políticas públicas-, sin reflejar un “culto ciego” a las decisiones de mercado. Las contribuciones colectivas constituyen las libertades individuales y sociales: y ello adquiere relevancia sobre todo para obrar de modo protectorio frente a sus violaciones (por acción y omisión, agregamos). Solo un gobierno eficaz, reflejo de una sociedad políticamente organizada, transforma en plenamente exigibles las declaraciones formuladas en los textos fundamentales.

El bien común, el interés público, quedan pues revitalizados frente al economicismo excluyente reinante, debiendo los funcionarios y representantes –con transparencia y

⁴⁴ Hoy día ya no disponibles y accesibles a todos, sino patrimonializados y mercantilizados bajo la lógica absoluta del mercado. De tal forma se enfatiza y refuerza al mismo tiempo la garantía de los derechos sociales constituidos por aquellos bienes (por ej. afianzando así las posibilidades reales de cumplimiento de prestaciones obligatorias y universales, bajo los principios de indivisibilidad, interdependencia, de igualdad).

⁴⁵ Ver S. Holmes – Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Bs As, S. XXI, 2015, p. 225/239 y 245. Los autores afirman que no se puede definir quién es fuerte o débil en términos sociales sin saber de qué lado se encuentra la autoridad pública y sus decisiones sobre asignación de recursos escasos (p. 250).

responsabilidad- explicar que principios e intereses ponderan cuando asignan beneficios, cargos y costos y sobre todo si estos últimos son parejos ante el contexto de poder reinante. En otros términos: ¿los protegidos son –cada vez más- ricos a expensas de quienes soportan las cargas de la protección?; ¿a quién benefician los limitados recursos, qué intereses maximizan, como pasan el test del bienestar general, el de la cooperación colectiva en términos de paz y calidad de vida, en términos de equidad y de justa distribución de la riqueza y de las oportunidades, etc.?

En este sentido, es innegable, dicen los autores citados, que los derechos guardan relación con la democracia, la igualdad y la justicia distributiva y hay que discutir críticamente los costos de oportunidad de la utilización de los recursos finitos y escasos.

En este trágico, contradictorio, auto-destructivo, regresivo, injusto y excluyente contexto político, económico, social y ambiental global, se advierte como problema central -con claridad- que la estructura socio-económica y las matrices de apropiación, como también las actividades productivas, distributivas y de consumo imperantes, no aparejan una visión armónica de conjunto entre lo económico, lo social, lo ambiental⁴⁶. Nuestra institucionalidad pública⁴⁷ (como tampoco lo hace el derecho

⁴⁶ Sobre los fundamentos, debates y acciones desplegadas en interés de lograr un tratado internacional vinculante para las corporaciones transnacionales y la aplicación de mayores estándares en materia de gestión y tutela ambiental, de los DDHH y social, me remito a E.R. Olivero "Hacia un Pacto Internacional vinculante aplicable a los contenidos y alcances de la responsabilidad social corporativa: la gestión del impacto ambiental, social y de los derechos humanos" en el libro colectivo titulado "Pactos y Tratados Nacionales e Internacionales: Actualidad y Perspectiva" (P. Maraniello –Dir., El Dial.com, Argentina, 2018), capítulo VII -sobre pactos nacionales e internacionales en el derecho ambiental-, p. 613/641.

⁴⁷ Zaffaroni, "¿Estado Gendarme o Estado Fraternal?", publicado en REDEA, año 3, n°7, 2018: *"... sólo esa solidaridad puede proporcionar fortaleza en la soberanía, porque ésta corresponde a los pueblos y, además, la fortaleza represiva suele ser propia de Estados débiles en soberanía. Toda copia imperfecta del viejo Estado de bienestar, carente de la simultánea concientización solidaria, no hará más que crear nuevas capas con subjetividades alienadas, que se suicidarán socialmente al identificarse y apoyar a sus enemigos, creyendo tener al alcance de la mano los privilegios de las minorías beneficiarias del totalitarismo corporativo colonialista... Los tres objetivos enunciados en el preámbulo de la Constitución de 1949 (soberanía política, independencia económica y justicia social) son interdependientes, pero su sustentabilidad en*

internacional, en términos de mayores instituciones de garantía) no parece asegurar tampoco una visión armónica entre estas dimensiones, con un énfasis tal que alcance a rediseñar, configurar y fortalecer una matriz estatal democráticamente revitalizada, equilibrada (entre los valores "igualdad, libertad, fraternidad") y con suficientes instituciones de garantía de derechos y de bienes fundamentales, sin perjuicio de resultar por demás imperiosa la articulación de una *ciudadanía (más) solidaria*.

De manera distinta a todas las otras catástrofes pasadas de la historia humana, la catástrofe ecológica es considerada por muchos pensadores y activistas como en parte irremediable, y ello nos coloca ante el factor del tiempo, con la imperiosa necesidad de concretar un aprendizaje colectivo preventivo, oportuno, correctivo y remedial. No podemos asumir el peligro de que se adquiera tardíamente la conciencia de la necesidad de estos cambios y de establecer un nuevo *contrato natural*.

A la par de los instrumentos de derechos fundamentales, pues, corresponde adoptar una Carta Constitucional de los Bienes Fundamentales, reconfigurando el rol de la esfera pública: incorporando prohibiciones, límites y vínculos adecuados, por un lado, a la producción y distribución de los bienes sociales y por el otro tendientes a la protección de los bienes comunes. Como lo sostiene Ferrajoli, tales límites han de ser rigurosos tanto frente al mercado como a la política.

IV. Conclusiones

El contexto contemporáneo del capitalismo globalizado actual, implica no pocos desafíos epistémicos y políticos para el derecho y su praxis institucionalizada, sumada la nada inocua crisis de la democracia constitucional en curso. El carácter privado y los óptimos postulados para los procesos económicos –dentro de la lógica "neo-absolutista" de la razón economicista

el tiempo dependerá también de que en lo social e institucional se logre el equilibrio del trípode de libertad, igualdad y fraternidad" (p. 342/343, 346).

y maximizadora- no coinciden con los óptimos sociales ni ambientales esperables, como planteos y temas del bien común, de la cultura y de la simbiosis “justicia social y ecológica”. Es decir, como tema Constitucional.

Demás está recordar aquí que la exclusión social y todas las nefastas consecuencias apuntadas en el ensayo derivadas de aquella lógica absolutista global imperante, atentan contra la indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los derechos fundamentales y contra la democracia sustancial.

El desarrollo –asentado en renovadas epistemologías críticas y “desde el sur”- de determinadas “normas de tareas” estatales, reconociendo una simbiosis crítica entre la Justicia Social y la Ecológica y articulándose desde un “enfoque de los bienes vitales fundamentales” (en sustento de renovados fines y ampliaciones del Estado Constitucional), pueden en conjunto constituirse no solo en nuevos capítulos de las Constituciones (o de los instrumentos internacionales de garantía), sino en pilares de un refuerzo institucional idóneo y viable de los DDHH, de la democracia y de la paz.

En este sentido, dijimos que el habitual “enfoque de derechos humanos” ha de articularse frente a los abusos y el absolutismo de los poderes privados y además se torna necesario hacer una ampliación (textual, institucional) hacia el “enfoque de los bienes vitales fundamentales”.

El desarrollo de mayores instituciones de garantías -que “desmercantilicen” los derechos y bienes fundamentales, que creen las condiciones necesarias para su armónico desarrollo y que remuevan los obstáculos de sus actuales ataduras y fisuras- ciertamente exige repensar: i) las “normas de tareas estatales” que serían correlativas y derivadas de aquella simbiosis y ii) articularlas desde una visión complementaria y estructural entre el “enfoque de derechos” y el “enfoque de los bienes fundamentales” (incluidos los “derechos de la naturaleza y otros seres vivos”).

Asumimos para ello la expansión del paradigma constitucionalista y la necesaria mediación de la institucionalidad estatal

y de las políticas públicas, articuladas desde tales bases y propuestas, donde el desarrollo de concretas “normas de tareas” en nuestros marcos institucionales debe verse articulado: a) desde el interés de tutelar (instituciones de garantías) el acceso a y el pleno goce igualitario de los DDHH, respetando para ello las variadas exigencias metodológicas emanadas del “enfoque de derechos” (por ej. coherencia con los marcos conceptuales y con las obligaciones y responsabilidades derivadas según el derecho en juego; creación de condiciones y remoción de obstáculos; tutelando a la vez las mayores “intensidades” y garantías implicadas en la concreción de garantías vitales del contenido esencial e inalterable de los derechos); y b) atendiendo además a los vínculos estratégicos y garantistas que venimos resaltando entre la justicia ambiental, la ecológica y la justicia social, conforme las renovadas epistemologías y perspectivas de abordaje previamente enunciadas.

Proteger un bien como fundamental importa atribuirle o reconocerle la calidad de “indisponible, inalienable e inviolable” y des-mercantilizarlo, sustrayéndolo del mercado y del arbitrio estatal o del legislador. En este sentido, los bienes fundamentales –bajo tales presupuestos- complementan y se encuentran en interdependencia y relación estructural con el paradigma protectorio y garantista de los derechos fundamentales (que integran y refuerzan): las bases para el desarrollo de instituciones de garantías (con sus límites y vínculos rigurosos impuestos) permiten su tutela efectiva, su protección y satisfacción en conjunto, sea ante los poderes privados o públicos, con matices diferenciadores⁴⁸.

⁴⁸ De tal forma se enfatiza y refuerza al mismo tiempo la garantía de los derechos sociales y en general del objeto de los derechos constituidos por aquellos bienes (por ej. afianzando así las posibilidades reales de cumplimiento de prestaciones obligatorias y universales, bajo los principios de indivisibilidad, interdependencia, de igualdad). Solo varían, en el caso de los bienes vitales, el tipo de obligaciones y vínculos impuestos a la producción y distribución de tales bienes (por ej. el agua, los fármacos salvavidas) y las prohibiciones y límites a su apropiación privada y a su devastación, como lo resalta Ferrajoli. Es decir varía el contenido del marco conceptual pero no el enfoque protectorio y garantista relacionado.

La Política de empleo como garantía del «trabajo decente». Retos para Cuba ante los sujetos económicos no estatales

The Employment Policy as a guarantee of “decent work”. Challenges for Cuba before non-state economic subjects.

A Política de Emprego como garantia de “trabalho decente”. Desafios para Cuba diante de temas econômicos não estatais.

La politique de l’emploi en tant que garantie de “travail décent”. Défis pour Cuba devant des sujets économiques non étatiques

就业政策是“体面劳动”的保证。在非国家经济主体面前对古巴的挑战

Reynaldo Lam Peña¹ | Universidad de La Habana

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 256-276

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e275>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0629-4612>

Recibido 17/02/2019

Aprobado: 04/05/2019

Resumen: El «trabajo decente» es un concepto de contenido social y ético enunciado por la Organización Internacional del Trabajo a finales del siglo pasado. La doctrina le otorga contenido a este enunciado a través de 4 elementos: el acceso al empleo, los derechos laborales, la protección social y el diálogo social. El presente ensayo realiza un análisis del primero de estos elementos a través de su materialización en la Política de Empleo, entendida como un complejo integrativo y

¹ Abogado, adjunto cátedra III de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

La Política de empleo como garantía del «trabajo decente» | Reynaldo Lam Peña

transversal de políticas públicas esbozadas por órganos de la Administración Central del Estado con la finalidad de garantizar el fomento del empleo, el pleno acceso y la igualdad en el disfrute del derecho al trabajo como postulado constitucional. En Cuba, la Política de empleo expone como sus principios fundamentales la garantía, libertad y pleno empleo para todas las personas con capacidad de trabajar. No obstante, ante los recientes cambios legislativos y el reconocimiento jurídico de nuevos sujetos económicos, el Estado cubano posee el reto de incorporar a estos sujetos a las estrategias de políticas de empleo que busquen la consecución del acceso al empleo como uno de los elementos que garantiza el «trabajo decente» en Cuba y el disfrute del «empleo digno» tal como establece uno de los postulados constitucionales de la norma patria vigente.

Palabras claves: trabajo decente- Política de empleo- derecho al trabajo- sujetos económicos

Abstract: “Decent work” is a concept of social and ethical content enunciated by the International Labor Organization at the end of the last century. The doctrine gives content to this statement through 4 elements: access to employment, labor rights, social protection and social dialogue. This essay makes an analysis of the first of these elements through its materialization in the Employment Policy, understood as an integrative and transversal complex of public policies outlined by organs of the Central State Administration with the purpose of guaranteeing the promotion of employment, full access and equality in the enjoyment of the right to work as a constitutional postulate. In Cuba, the Employment Policy exposes as its fundamental principles the guarantee, freedom and full employment for all persons with the ability to work. However, given the recent legislative changes and the legal recognition of new economic subjects, the Cuban State has the challenge of incorporating these subjects into employment policy strategies that seek to achieve access to employment as one of the elements that guarantee “decent work” in Cuba and the enjoyment of “decent work” as established by one of the constitutional postulates of the current national norm.

Keywords: decent work - employment policy - right to work - economic subjects

Resumo: O trabalho decente é um conceito de conteúdo social e ético enunciado pela Organização Internacional do Trabalho no final do século passado. A doutrina dá conteúdo a esta declaração através de 4 elementos: o acesso ao emprego, os direitos trabalhistas, a proteção social e o diálogo social. O presente ensaio faz uma análise do primeiro desses elementos através de sua materialização na Política de Emprego, entendida como um complexo integrador e transversal de políticas públicas delineadas por órgãos da Administração Central do Estado com o objetivo de garantir a promoção do emprego, o pleno acesso e a igualdade no gozo do direito ao trabalho como postulado constitucional. Em Cuba, a Política de emprego expõe como seus princípios fundamentais a garantia, liberdade e pleno emprego para todas as pessoas com capacidade de trabalhar. No entanto, antes as recentes mudanças legislativas e o reconhecimento legal de novos sujeitos econômicos, o Estado cubano tem o desafio de incorporar esses sujeitos nas estratégias de políticas de emprego que buscam o acesso ao emprego como um dos elementos que garante “trabalho decente” em Cuba e o gozo do “trabalho digno” tal como estabelece um dos postulados constitucionais da norma pátria vigente.

Palavras-chave: trabalho decente - Política de emprego - direito ao trabalho - sujeitos econômicos.

Résumé: Le “travail décent” est un concept de contenu social et éthique énoncé par l’Organisation internationale du Travail à la fin du siècle dernier. La doctrine donne contenu à cette déclaration à travers quatre éléments: accès à l’emploi, droits du travail, protection sociale et dialogue social. Le présent travail analyse le premier de ces éléments à travers sa concrétisation dans la politique de l’emploi, entendue comme un ensemble intégrateur et transversal de politiques publiques définies par les organes de l’administration centrale de l’État afin de garantir la promotion de l’emploi. , le plein accès et l’égalité dans la jouissance du droit au travail en tant que postulat constitutionnel. À Cuba, la politique de l’emploi énonce comme principes fondamentaux la garantie, la liberté et le plein emploi pour toutes les personnes ayant la capacité de travailler. Cependant, compte tenu des récents changements législatifs et de la reconnaissance juridique de nouveaux sujets économiques, l’État cubain a le défi d’intégrer ces sujets dans les stratégies de politique de l’emploi qui cherchent à assurer l’accès à “travail décent” à Cuba et la jouissance

d'un "emploi décent" établi par l'un des postulats constitutionnels de la norme nationale en vigueur.

Mot-clés: Travail décent - Politique de l'emploi - droit au travail - sujets économiques.

摘要: “体面劳动”是社会和道德内容的概念。该学说通过4个要素为这一陈述提供了内容:就业机会,劳工权利,社会保护和社会对话。本文使第一通过其在就业政策物化这些元素的分析,理解为一个综合和跨国家的中央行政机关概括复杂的公共政策,以确保促进就业,享有作为宪法规定的工作权利的充分机会和平等。在古巴,就业政策将所有有工作能力的人的保障,自由和充分就业作为其基本原则。然而,在最近的立法变化和新的经济主体在法律上承认,古巴政府已经将这些科目策略就业政策寻求实现获得就业作为保障的要素之一的挑战“体面劳动”在古巴和享受“体面工作”的为有效祖国的规则已经确立的宪法原则之一。

关键字: 体面劳动, 就业政策, 工作权, 经济主体

I. Primeras ideas

La contemporaneidad está caracterizada por una globalización efervescente de la que por algún tiempo se pensó que resolvería los males de la humanidad. Según Zaffaroni (2015) con la globalización se ha producido el resquebrajo de algunos derechos humanos, entre ellos uno que este mismo autor denomina “el derecho al desarrollo”. La globalización ha representado el redireccionamiento de la economía hacia determinadas regiones o Estados y por ende cambios sociales importantes. Las políticas económicas globales han estado inclinadas hacia un interés neoliberal dando, nuevamente, cabida al liberalismo económico y político vulnerando las estructuras de un Estado de Bienestar General, nacido tras el fracaso de los Estados Liberales.

En el plano del trabajo fenómenos como la precarización, la flexibilización, el auge de las tecnologías, las migraciones calificadas y la discriminación laboral han puesto en riesgo

los derechos laborales. La perspectiva sobre el trabajo había cambiado. Los logros sociales de protecciones sociales en la que intervenía el Estado como ente protector de los trabajadores, desde lo colectivo de la relación laboral, están dejando de fomentar nuevas alternativas en un empleo amplio y decente para los ciudadanos con capacidad de trabajar.

Para Sennett (2006) el trabajo comenzó a ser parte de una cadena en la que el sujeto es conducido a observarse y reconocerse desde la conformación de una temporalidad inestable y cambiante. La ausencia de contratos o contratos temporales, subcontrataciones, así como una población que no reúnen las condiciones necesarias para los requerimientos de un empleo formal, generan inseguridad, propician la aceptación de empleos sin ningún tipo de cobertura, con la flexibilidad de despido. Se violan los derechos sindicales y de negociación colectiva, por parte del empleador. Estos elementos ponen en riesgo los pilares básicos que construyen una relación laboral justa. A decir de Santamaría (2009, p. 35) la precariedad se equipará a la incertidumbre, a la inseguridad y a la falta de protección, no sólo de las condiciones de trabajo sino también de las condiciones de vida. Este fenómeno, impulsado por las necesidades económicas de los obreros y la flexibilidad de las normas jurídicas anulan o restringidos los derechos legales y beneficios sociales asociados al empleo y que se caracteriza por involucrar los siguientes tres elementos críticos: inestabilidad, ilegalidad y desprotección (Salvia y Tissera, 2002).

La flexibilización del Derecho del Trabajo elimina normas de *ius cogens* que otorgaban protección a los trabajadores frente a la exorbitante autonomía de la voluntad en la esfera contractual que defienden algunos empleadores. Dicha autonomía, de más decir, matizada, para los trabajadores, por la necesidad económica de solventar gastos personales y familiares que en varios lugares los obligan a aceptar condiciones precarias. Escapar de las normas jurídicas y vulnerar las regulaciones en materia de trabajo, impuesto o disposiciones migratorias, han dado auge

sector informal. Un mercado subterráneo más precario, flexible e inestable.

Los cambios sociales y técnicos que caracterizan las recientes décadas han repercutido en el mundo del trabajo, el cual ahora se encuentra caracterizado por una mayor flexibilización, la precarización del contrato laboral y la eliminación de puestos de trabajo. En general se presenta una desproletarización del trabajo manual, industrial y fabril: heterogeneización, subproletarización y precarización del trabajo, disminución del proletariado industrial tradicional y aumento de la clase que vive del trabajo. (Quevedo, y Agudelo, 2012, p. 105).

El trabajo flexible además de generar condiciones precarias, propicia el auge de las contrataciones temporales. Arenas (2002, p. 209) entiende tres formas de contrataciones; «el monopolio en el reclutamiento de los trabajadores», conocido como la tercerización, «la flexibilidad en la terminación del vínculo» y «las modalidades específicas en que se presta el trabajo». La primera ha traído desprotección a la masa trabajadora pues la salida de una relación jurídica secundaria deja en manos de la primera ciertas responsabilidades desprendidas del contrato de trabajo que no se poseen con el segundo empleado. Por ello este no quedaría obligado frente a determinados sucesos como los accidentes de trabajo. Asimismo, no se desprenden obligaciones salariales ni se pueden negociar colectivamente derechos y deberes entre ambos.

En el caso de la segunda, encuentra freno en la materialización del principio de estabilidad en el empleo a través de mecanismos jurídicos que protejan de manera forzosa a los trabajadores, como es el supuesto de la defensa de la maternidad como impedimento a un despido por estado de gestación. La tercera de las manifestaciones a dado surgimiento a nuevas formas de contratos atípicos, algunos unidos al desarrollo de las tecnologías como lo es «el teletrabajo».

Esta modalidad de trabajo es una manera de organización donde el trabajador no necesita asistir a la empresa o planta

productiva para realizar su trabajo pues lo puede llevar a cabo desde su casa en tiempo real gracias a las fuentes telemáticas. Por tanto, no necesariamente está sujeto a una jornada de trabajo pues lo importante es la entrega del resultado en el tiempo estimado. Hoy, uno de los principales problemas que giran sobre esta forma radican en el reconocimiento de iguales derechos para los trabajadores ordinarios y los llamados teletrabajadores. Derechos en cuanto a sindicación, estímulos materiales, condiciones de trabajo, riesgos laborales y otros.

Otro elemento importante que ha cobrado auge en el contexto mundial y con determinadas peculiaridades en el regional, son las migraciones. La estabilidad y seguridad de los migrantes se ha puesto en riesgo. Los países con más posibilidades económicas, han desarrollado sus economías y han recrudescido sus políticas migratorias causando vulnerabilidad a los migrantes y sus derechos.

Los trabajadores migrantes lejos están de un empleo digno y estable. De que se les respete su «derecho al trabajo» y particularmente su «derecho a la estabilidad». Son despedidos sin justa causa y sin un derecho a reclamar en una jurisdicción social. Esto se genera por falta de políticas migratorias eficientes que protejan a los migrantes. También la falta de políticas públicas que resguarden a los trabajadores y sus familias frente a las medidas de los empleadores amparados en la exorbitancia de la autonomía para pactar cláusulas contractuales, algunas establecidas de forma verbal. El tratamiento internacional al tema ha generado, no solo Convenios de la OIT «como el 143/1975, el 111/1958 o el 97/1949» sino preocupación internacional. Tal así, en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la meta 8.8 hace alusión a la protección de los derechos laborales y la promoción de un entorno de trabajo seguro.

Estos fenómenos se entrelazan unos con otros y han generado para la región una pérdida de protección jurídica para los trabajadores. Si durante la revolución industrial la principal preocupación fue limitar la jornada de trabajo de manera que

la salud de los trabajadores quedara salvaguardada, la etapa que vivimos de globalización económica y masiva utilización de nuevas tecnologías en el trabajo implica la internacionalización del empleo y la necesidad de que de las nuevas oportunidades surgidas se aprovechen debidamente, justamente, quienes prestan por cuenta ajena o propia un trabajo. (Navarro, p. 18)

La situación socioeconómica antes descrita de manera somera impulsó a la OIT a lanzar, en el año 1999, el concepto de trabajo decente. Sin embargo, válido resulta mencionar que una política de «trabajo decente», no es enarbolada por esta organización en el presente siglo, sino que forma parte de los postulados que le dieron surgimiento un centenario atrás.

La concepción del trabajo decente aparece en un momento de crisis del constitucionalismo social. Un término que, en sus inicios, nació ligado a la dignidad del ser humano. Ermida (2001, p. 13) entiende que:

el trabajo decente es un concepto integrativo en cuya realización es necesario combinar aspectos relativos a los derechos, el empleo, la protección y el diálogo en un todo integrado, agregándose que constituye una meta, un marco para la definición y actuación de políticas, un método de organización de actividades y programas, y una plataforma para la asociación con otras entidades.

Las posturas buscan enarbolarse un problema actual que encierra en sí la búsqueda de soluciones a los problemas de la era globalizada. Se intenta fundamentar su postura desde la integración de todos los trabajadores y su dignidad a partir del presupuesto de la desmercantilización del trabajo. No pueden existir formas de explotación que vulneren los derechos de hombres y mujeres como seres humanos porque el trabajo es la satisfacción de las necesidades básicas para la subsistencia del trabajador y su familia.

Otro estudioso del concepto Ghai (2005), plantea que el trabajo decente debe cumplir con las siguientes características: libertad y no discriminación en cuanto a la elección del empleo,

medidas de protección para la salud de los trabajadores, libertad de asociación y sindicalización, así como libre acceso a la negociación colectiva, la existencia de un mínimo de seguridad social y la garantía a un tripartismo y diálogo social.

Por su parte Godfrey (2003) reconoce seis dimensiones del término, donde en realidad extiende el alcance de cada una de las nociones ya identificadas. Para él (...) existe *trabajo decente* cuando las oportunidades para encontrar trabajo son para todos; esto incluye el autoempleo, el trabajo doméstico, y tanto el empleo asalariado en los sectores formales, e informales. El trabajo debe ser elegido en libertad, lo cual deja afuera de toda consideración al trabajo forzoso y toda forma de trabajo infantil. Debe ser productivo y justamente remunerado. Es importante el respeto a la equidad en el trabajo, incluyendo en ello la ausencia de la discriminación en el acceso, debe existir seguridad y protección social. El respeto a los trabajadores incluye poder participar, expresar libremente sus preocupaciones y reclamos; en síntesis, asociarse para poder opinar y decidir acerca de sus condiciones de trabajo.

El trabajo decente es una postura que deben asumir todos los Estados, tanto los más desarrollados como los en vías de desarrollo. Empero, son medidas que se deben aplicar sobre la base de las posibilidades económicas de cada nación. En esto juega un rol importante el reconocimiento de los derechos de los trabajadores. El propio Ghai (2005) advierte que el trabajo decente se logra si los hombre y mujeres encuentran “sus oportunidades”. Las oportunidades deben ser promovidas por los Estados a través de las políticas públicas que garantice cantidad y calidad de trabajos para todos. Por tanto, la fuente del trabajo decente descansa en derechos y para que haya derechos en el trabajo lo primero es que exista trabajo, es decir empleo.

El trabajo decente es una construcción social, ética que debe informar la actuación de todos los sujetos involucrados en las relaciones de trabajo. Se puede enarbolar como un principio

que necesita materializarse en las legislaciones de los distintos países a través del reconocimiento de derechos a los trabajadores para la consecución de sus fines. Este concepto devuelve al trabajo su dimensión social. (Weimberg, 2003) sostiene que de esta forma se permite devolverle al trabajo sus contenidos de dignidad, seguridad y humanidad, y que su incremento en la sociedad hará posible una modernidad sin exclusiones.

Es una postura integrativa que no puede verse solo a partir de un principio. No existe trabajo decente sin el engranaje de estos elementos, pero sobre todo sin políticas públicas de acceso al empleo eficientes, integrativas e inclusivas. El punto de partida está en la posibilidad de empleos. Posibilidad que subyace en manos de las políticas públicas de empleo de los gobiernos como primer eslabón. Luego, en la garantía de una estabilidad laboral para poder dar cometido al resto de las cuestiones que garantizan la decencia del trabajo contra la precariedad a la que se ven sometidos los trabajadores en el siglo XXI, donde intervienen los empleadores, sindicatos y organizaciones internacionales. Por ende, en este ensayo se entiende que el trabajo decente no es un concepto jurídico, sino una definición de carácter social que necesita, no solo de mecanismos jurídicos para su desarrollo sino de la intervención de una institucionalidad que lleve a vías de hecho los derechos que la norma establece en materia de trabajo y protección social. Para hablar de trabajo decente se necesitan: políticas públicas de acceso al empleo, derechos laborales, protección social y diálogo social tripartito.

II. Apuntes sobre la Política de empleo

Las políticas de empleo son políticas públicas en manos de los órganos de la Administración Pública para garantizar el «derecho al trabajo» de los ciudadanos de un Estado y el pleno desarrollo de este a partir de la importancia social del trabajo para la satisfacción de necesidades personales y familiares de los trabajadores. La Organización de Cooperación y Desarrollo

Económico (OCDE) formalizó la clasificación de las políticas públicas en pasivas y activas.

Neffa (2011) refiere que son políticas activas cuando tienen un objeto triple, primeramente, cuando buscan reducir el desempleo, además buscan modificar el nivel y la calidad de la fuerza de trabajo, para así satisfacer las demandas de empleo por parte de los trabajadores y como tercer elemento se constituyen además por el cambio de la naturaleza de la demanda, es decir, buscan el aumento de la cantidad y la calidad de las ofertas de empleo que hacen los trabajadores. A su vez se denominan políticas pasivas las que buscan garantizar un mínimo de recursos con el objetivo de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo, dirigidas a la fuerza de trabajo más vulnerable, es decir, a las personas sin empleo. La medida pasiva más importante consiste en otorgar a los desocupados un subsidio por desempleo o en su defecto, otorgar los beneficios de políticas sociales u otorgar una asistencia de contenido alimentario.

Esta diferenciación entre políticas activas y pasivas no es excluyente, puesto que pueden complementarse o, simplemente, lo que comenzó siendo una política activa termina transformándose en una pasiva.

La política de empleo se basa en la estrategia que debe desarrollar un país para propiciar el crecimiento de los empleos dignos y productivos para todas aquellas personas que formen la fuerza laboral. Estas estrategias deben evitar el desempleo y fomentar la estabilidad en el empleo, mediante la coordinación con las políticas en materia económica y social y su integración a la planificación. Por ellos, las políticas de empleo se alzan como uno de los mecanismos con que cuenta el Estado para mantener el equilibrio en la balanza entre la fuerza de trabajo y la capacidad de empleos. Es una forma eficiente de hacer frente a los problemas de desempleo y estabilidad en el empleo, clásicos en muchos sistemas capitalistas de hoy.

Las políticas públicas de empleo, si bien se conciben como responsabilidad de los órganos del Estado, responsabilizados

con las temáticas laborales, debe entenderse en un sentido transversal. Hoy en día, se hace imposible concebir que las estrategias de políticas públicas queden solamente en mano de un solo órgano. La transversalización es un elemento clave en una labor gubernativa eficiente. Por ello en materia de empleo, donde intervienen instituciones afines a la educación general o universitaria, la salud pública, la cultura, el deporte etc. resulta útil que todos asuman determinadas funciones en ello. Funciones que pueden estar encaminadas no solo al fomento de puestos de trabajos, sino a la equidad de género, la no discriminación, la superación y capacitación profesional entre otros elementos que permitan eliminar las trabas para que los ciudadanos accedan a empleos.

Desde la Organización Internacional del Trabajo se brinda apoyo para formular y poner en marcha políticas de empleos a niveles nacionales, buscando la correspondencia entre crecimiento económico, políticas económicas y la creación de empleos. Para ello hace un estudio conjunto de las oportunidades y zonas favorables a la hora de generar trabajo productivo. A través de sus Convenios² esta organización ha llamado a políticas de empleo que garanticen empleos dignos para todos. El Plan de Acción 2010-2016 (OIT, 2011) expone:

Estos convenios desempeñan una función esencial en la promoción de un empleo pleno, productivo y libremente elegido, en el fortalecimiento de la cohesión social por medio del diálogo social, y en el mantenimiento de las condiciones decentes de trabajo por medio de un servicio de inspección del trabajo eficaz. Contribuyen a allanar el camino para salir de la crisis actual. (p.1)

² Entre los Convenios de este organismo internacional resaltan: el Convenio relacionado con el fomento del empleo y protección contra el desempleo (OIT, 1988); el Convenio sobre trabajo forzoso (OIT, 1930); Convenio sobre el servicio de empleo (OIT, 1948) y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) (OIT, 1958), el Convenio sobre la política de empleo (OIT, 1964)

Por ende, sobre estos postulados el Estado cubano ha esbozados su política de empleo, la cual está llamada a cambios importantes de cara el nuevo contextos económico y laboral.

III. La política de empleo en Cuba y la inclusión de los nuevos actores económicos

El triunfo de la Revolución cubana en enero de 1959 trajo grandes cambios para el país en todas las esferas. A pesar que, desde la Constitución de 1940, se recogió el derecho al trabajo y otra gama de derechos constitucionales³ afines al trabajo, no fue hasta la década de 1960 que comenzaron cambios significativos más allá de su enunciación jurídica. La construcción de una sociedad socialista levantada de la mano de la clase obrera, generó la protección de la masa trabajadora.

El Estado cubano se construyó sobre la base de la propiedad estatal y social de los medios de producción. A partir de las nacionalizaciones, permitió un mejor control de los recursos laborales a partir de políticas concretas, como la del empleo, en un contexto que heredaba una alta descapitalización económica (González e Izquierdo, 2016). Por tanto, durante casi medio siglo, desde 1960 hasta iniciado el siglo XXI, el Estado era el único y principal empleador, lo que permitía una «política de pleno empleo» basada en la libertad para elegir trabajo y la igualdad de oportunidades, construyendo las relaciones de trabajo sobre el principio rector de idoneidad demostrada (Código de Trabajo, 2014, Art. 36).

De igual manera la política socio laboral cubana también se apoyaba en el desarrollo educacional de las políticas estratégicas de desarrollo social que buscaban reconfigurar la estructura de las fuerzas de trabajo y el progreso de los territorios más desfavorecidos (Izquierdo Quintana, 2017, p. 120).

³ Vid. Artículos 43 y sig., 60 y ss. Ley de 1ro de julio de 1940 (Constitución de la República de Cuba) en *Gaceta Oficial* No. 464 de fecha 8 de julio de 1940.

Sobre el tratamiento a la temática en estos primeros años en Cuba autores patrios como Viamontes (2001) expresan:

Es en estos primeros años que surge la política de empleo centralizada, cuyo signo característico fue la distribución y redistribución de la fuerza de trabajo por parte de organismos gubernamentales teniendo en cuenta fundamentalmente las necesidades económicas del país para evitar un desbalance en la ocupación de la fuerza de trabajo. Si bien este sistema fue la solución más acertada para aquel momento, debe referirse que los elementos relativos a motivaciones específicas de los trabajadores o de una entidad laboral determinada en el plano de relaciones laborales no eran reconocidos legalmente. (p. 105)

La política de empleo impulsada por un principio de centralización necesitó de asiento legislativo. Por ello se generaron regulaciones que garantizaran oficios para todos, bajo la base de la no discriminación. Así existen en el ordenamiento laboral protecciones a sectores vulnerables como los discapacitados, los licenciados del servicio militar activo, o los que cumplen sanción penal (Código de Trabajo, 2014, Art. 4). De igual manera un tratamiento diferente para los jóvenes entre 15 y 16 años (Código de Trabajo, 2014, Art. 64 al 68) que excepcionalmente pueden incorporarse a trabajar antes de la edad establecida de 17 años (Código de Trabajo, 2014, Art. 22). Una protección a este sector, concatenada con la obligatoriedad de estudiar, establecida desde la norma constitucional (Const, 2019, Art. 73) y el sistema de educación gratuito y público, que permite, no solo alcanzar nivel educaciones superiores sino adquirir los niveles técnicos y habilidades necesarias para incorporarse a determinadas profesiones u oficios. El rector de estas políticas es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), titular principal de la Política de empleo, quien puede asignar la contratación de estas personas por interés social y estatal (Código de Trabajo, 2014, Art. 21).

Otro elemento de garantía al empleo en el ordenamiento jurídico patrio, y que repercute en un hecho social importante

en el país es el Servicio Social para los jóvenes que egresan de la enseñanza técnica y profesional y los graduados de estudios universitarios de pregrado. El servicio social en el terreno nacional está estipulado (Código de Trabajo, 2014, Artículo 69 y sgts) como un deber de los sujetos que terminan los niveles de enseñanza mencionados con el objetivo de que adquieran las habilidades técnicas para desempeñarse en los puestos de trabajo. Ello constituye también un mecanismo de garantía de empleo que se mantendrá, una vez culminado los períodos establecidos para el cumplimiento de dicho servicio «2 años los hombres y 3 las mujeres» si demuestran poseer la idoneidad demostrada⁴ para el puesto de trabajo.

El servicio social por ende posee una doble finalidad. Primeramente, para protegerlos por la nula o poca experiencia con que cuentan respecto a la fuerza laboral predominante. En segundo lugar, para responder de las necesidades que presenta la sociedad y la economía nacional. Nuestro Código de Trabajo en su artículo 69 (Código de Trabajo, 2014) formula que este cumplimiento además va a ser consecuente con la planificación y las prioridades del desarrollo económico y social. Esto como se ha mencionado posee características coherentes con la forma de económica planificada del Estado cubano que posibilita garantizar el acceso a empleos generando su creación (Anuario Estadístico de Cuba, 2018)⁵ para los ciudadanos cubanos con capacidad de trabajar.

⁴ La idoneidad demostrada es el principio rector de la contratación laboral en Cuba. Constituye el elemento por el cual puede ser terminada la relación jurídica laboral por iniciativa del empleador, cumpliendo las garantías establecidas en la propia norma nacional para determinar la pérdida de la idoneidad. Es un mecanismo de garantía de la política de empleo y del derecho a la estabilidad en el trabajo. Vid. Artículo 36 de la Ley 116/2013. Publicado en la *Gaceta Oficial de la República* No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014 y Artículos 22 al 29 del Decreto 326/2013. Reglamento del Código de Trabajo. Publicado en la *Gaceta Oficial de la República* No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014

⁵ El Anuario Estadístico de Cuba 2018 publicó que la, la tasa de desempleo al cierre del 2017 era de 1,7 por ciento. Disponible en: <http://www.one.cu/aec2017.htm> el 23 de abril de 2019

Sin embargo, la centralización de la política de empleo como principio, es relativo. No queda limitada o restringida en la normativa nacional la posibilidad de que los empleadores (Código de Trabajo, 2014, Art. 21) contraten fuerza de trabajo o seleccionen del trabajador que mejor posea determinada capacidad jurídica para un puesto de trabajo. Fue desde el Decreto 73 (1980) que se empieza a llevar a cabo la descentralización de la política de empleo, pero bajo la garantía de reservar determinados puestos de trabajo para los trabajadores por interés social o estatal, tal como se mencionó con anterioridad.

Otro elemento de la Política de empleo y que ha nacido de la iniciativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha sido la formación profesional de los trabajadores como elemento integrante de la política de empleo. Ermida (2001) expresa que:

(...) la formación profesional es un derecho humano fundamental que en tanto tal se impone por sí mismo entre aquellos derechos que deben ser respetados en todo trabajo decente; pero al mismo tiempo es un instrumento que facilita y a veces condiciona la realización de otros derechos que también constituyen el trabajo decente. (p. 17)

La superación y capacitación en Cuba ha sido considerada como uno de los derechos de los trabajadores. Así queda regulada en la norma nacional (Código de Trabajo, 2014, Art. 2 e)). De igual manera se reconoce la obligación de los trabajadores de elaborar anualmente los planes de capacitación de los trabajadores, así como capacitar a los trabajadores de nuevo ingreso (Código de Trabajo, 2014, Art. 39).

Desde el 2010, en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba fueron aprobados los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución (PCC, 2011). En uno de los lineamientos se reconoce la necesidad de la apertura al sector no estatal como complemento necesario en la economía nacional. A partir de ello, se comenzó a regular en el país del

denominado «trabajo por cuenta propia», generando una nueva forma de empleo que hoy representa el 12% de la fuerza de trabajo. En el contexto cubano existen hoy nuevos actores económicos, algunos reconocidos desde las modificaciones a la ya derogada Constitución de 1976, tras la reforma de 1992. En este supuesto se encuentran los sujetos económicos de la inversión extranjera (Ley 118, 2014) que pueden ser empresas de capital totalmente extranjero y de capital mixto. Fue, a partir de la última década que junto al trabajo por cuenta propia entran en el contexto nacional las cooperativas no agropecuarias (Decreto-Ley 305, 2012), pues las cooperativas agropecuarias fueron reguladas en Cuba desde inicios de la Revolución.

Estos actores económicos han quedado reconocidos en la Constitución de la República de 2019 en su artículo 22 (Const., 2019). En el mismo se reconocen junto a la propiedad «socialista de todo el pueblo» como forma principal «la cooperativa» «mixta» «privada» «de instituciones y formas asociativas» y «personal». Algunas de ellas pueden dar lugar a nuevos sujetos económicos que hoy operan en el sector económico cubano o contratan fuerza de trabajo. Por tanto, necesitan involucrarse en los mecanismos de política de empleo, que hasta el momento están destinada solo al sector empresarial estatal, como sujeto principal. De cara a este contexto urge incorporar a los mecanismos de política de empleo estos nuevos sujetos sobre la base de los propios fundamentos económicos del Estado cubano.

La propia Constitución de 2019 establece, en cuanto a la política de empleo, que el Estado posee dentro de los postulados normativos dedicados a los «Fundamentos de la Política Educativa, Científica y Cultural» que uno de sus principios será el fomento a la formación y empleo de las personas que el desarrollo del país requiere (Const. 2019, Art. 32 g)).

A partir de aquí los órganos de la Administración Pública cubana poseen retos importantes de cara a estos nuevos sujetos económicos. A pesar de estos mecanismos de pleno empleo, el reciente surgimiento de empleadores no estatales producto de

la apertura al trabajo por cuenta propia en la isla acarrea desafíos para la incorporación de este sector a las políticas de empleo que le permitan convertirse en sujetos empleadores responsables ante sectores vulnerables. También posibilitaría poder acceder a la fuerza de trabajo que termina en los distintos niveles de enseñanza a través, por ejemplo, de la asignación de jóvenes que cumplen el servicio social. De esta forma se disminuiría la desprofesionalización de los oficios al no acceder a las personas tituladas y calificadas para determinadas laborales y crear una sinergia con todos los sujetos que emplean.

De igual manera en el país existen las oficinas de las Direcciones Municipales de Trabajo y Seguridad Social, subordinadas a las Asambleas Municipales del Poder Popular y metodológicamente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En ellas existe la disponibilidad de puestos de trabajo en el territorio perteneciente al municipio al que se pueden dirigir las personas que desean buscar empleos. Esta es otro punto que necesita una redefinición. Las convocatorias a puestos de trabajo en el sector no estatal no se encuentran disponibles en estos lugares. Hoy la Constitución cubana llama a la autonomía municipal. Por ende, estos órganos del Poder Popular pueden generar mecanismos efectivos que logren incorporar, desde la labor de los municipios, a los sujetos de gestión de estatal a esta forma de divulgación de los empleos.

En cuanto a la formación y capacitación como mecanismo de la política de empleo también se necesita, en primer lugar, la concientización por parte de los empleadores privados de que la formación profesional constituye un derecho fundamental de los trabajadores. a partir de aquí la generación de presupuestos para cubrir los gastos de superación y capacitación de los trabajadores. en este punto también juega un papel la iniciativa de los gobiernos municipales, junto a ello una labor concatenada entre los Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) y Educación Superior (MES) y Educación (MINED) generando los mecanismos que permitan la creación de esto espacios y que atiendan a las necesidades de sector laboral.

En materia de orientación e identidad sexual aún son tarea pendiente en la normativa laboral cubana, aunque tras la entrada en vigor de la reciente Constitución de 2019 se avizora un camino certero (Constitución, 2019, Artículo 40 y 42). En este supuesto será importante que los destinatarios de las políticas de género vinculadas al acceso al empleo estén destinados para todos los sujetos económicos que poseen la facultad de contratar fuerza de trabajo.

IV. Conclusiones

La política de empleo en Cuba ha estado caracteriza por una política de pleno empleo e igualdad de todos los sujetos en capacidad de trabajar. Sin embargo, ha estado y continúa estando construida de cara al sector empresarial estatal. Las políticas públicas de acceso al empleo están llamadas a perfeccionar mecanismos jurídicos, adaptarlos a los nuevos actores económicos, acoplar los nuevos derechos que se traen a relucir en el contexto jurídico, a cambiar las mentalidades y romper estereotipos innecesarios.

El aporte fundamental de la política socio laboral cubana a una concepción del trabajo decente surge de la comprensión institucional de que su materialización se realiza en un sistema de relaciones en y para el trabajo al ir más allá de lo meramente económico, como muy recurrentemente se ha querido demostrar (Izquierdo Quintana, 2017, p. 129).

La concepción de trabajo decente es un todo engrando que necesita, de políticas públicas que garanticen el empleo para todos los ciudadanos en capacidad de trabajar, sin ningún tipo de discriminación. La cuestión no radica solo en la generación de empleos, sino en mecanismos que aseguren en acceso de todos en dependencia de sus condiciones particulares. De ahí la necesidad de incorporar a todos los trabajadores como garantía también del principio protectorio del Derecho del Trabajo. Asimismo, un trabajo decente será posible no solo por generar nuevos empleos, sino que estos tengan la calidad necesaria.

Una calidad entendida como el andamiaje jurídico que permita un efectivo disfrute de todos los derechos laborales.

Cuba tiene un camino por delante para adaptarse a cambios importantes es su estructura socioeconómica, pero lo cierto es que siempre ha apostado, desde las normas jurídicas por proteger a los trabajadores. Las políticas de empleo han buscado la garantía de puestos de trabajo como primer eslabón para el disfrute de los derechos laborales y demás derechos en el trabajo.

Referentes Bibliográficos

- Ermida Uriarte, O. (2001) *Trabajo decente y formación profesional*. Boletín interno 151, CINTERFOR, Montevideo.
- Ghai, D. (2002). *Decent work: concepts, models and indicators*. ILS, DP/139/2002. Suiza.
- Ghai, D. (2005). *Decent work: universality and diversity*. ILS, DP/159/2005, Suiza.
- Godfrey, M. (2003). *Employment dimensions of decent work: trade-offs and complementarities*. ILS, DP/148/2003, Suiza.
- Gómez, V (2010). *El diseño de las políticas activas de empleo en un nuevo contexto de crisis*. Una reflexión. España. La Ley.
- Izquierdo Quintana, Osnaide; Burchardt, Hans-Jurgen (2017). *Trabajo decente y Sociedad. Cuba bajo la óptica de los estudios socio laborales*. Editorial UH. La Habana.
- Neffa, J. C (2011). *Empleo, desempleo y políticas de empleo*. Recuperado de <http://www.ilo.org/>
- Organización Internacional del Trabajo (1999), *Trabajo decente*, Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Santamaría López, Elsa. (2009) *Reseña crítica: Precariedad laboral: apuntes para una aproximación sociológica a sus formas contemporáneas*, en Papeles del CEIC (Revisión Crítica), vol. 1, nº 6, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), Universidad del País Vasco, Disponible en: <http://www.ehu.es/CEIC/pdf/critica6.pdf>

Vejar Dasten Julián. (2014) *La precariedad laboral, modernidad y modernización capitalista: Una contribución al debate desde América Latina*. Revista Trabajo y Sociedad. No. 23 Invierno. Argentina, Disponible en: www.unse.edu.ar/trabajosociedad

Legislación Nacional

Ley de 1ro de julio de 1940 (Constitución de la República de Cuba) en *Gaceta Oficial* No. 464 de fecha 8 de julio de 1940

Constitución de la República de Cuba de 2019 en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 5 de 10 de abril de 2019.

Ley 116/2014 “Código de Trabajo” en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 29 de 17 de junio de 2014

Decreto Ley 339 “De la maternidad de la trabajadora”. en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No.7 de 10 de febrero de 2017 de la República de Cuba

Normas Internacionales

Organización Internacional del Trabajo (1964), *Convenio sobre política de empleo*. [http// www.ilo.org/](http://www.ilo.org/)

Organización Internacional del Trabajo (1988), *Convenio sobre el fomento al empleo y protección contra el desempleo*. [http// www.ilo.org/](http://www.ilo.org/)

Organización Internacional del Trabajo (1948), *Convenio sobre el servicio del empleo*. [http// www.ilo.org/](http://www.ilo.org/)

Organización Internacional del Trabajo (1964) *Recomendación sobre la política de empleo*. [http// www.ilo.org/](http://www.ilo.org/)

Organización Internacional del Trabajo (2011). *Plan de Acción 2010-2016*. Recuperado de [http// www.ilo.org/](http://www.ilo.org/)

La enseñanza del Derecho Político desde la perspectiva de los derechos humanos y las ciudadanías. El nuevo programa de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata

The teaching of Political Law from the perspective of human rights and citizenship. The new program of the Faculty of Legal and Social Sciences of the National University of La Plata

O ensino do Direito Político na perspectiva dos direitos humanos e da cidadania. O novo programa da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Nacional de La Plata

L'enseignement du droit politique sous l'angle des droits de l'homme et de la citoyenneté. Le nouveau programme de la Faculté des Sciences Juridiques et Sociales de l'Université Nationale de La Plata

从人权和公民身份的角度看政治法教学。拉普拉塔国立大学法律和社会科学学院的新课程。

*Alejandro Medici*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 277-296

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e276>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9409-8744>

Recibido: 19/05/2019

Aprobado: 25/05/2019

¹ Profesor Titular de Derecho Político en UNLP y UNLPam, Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Investigador categoría I del sistema de incentivos, Miembro del GT CLACSO Pensamiento Jurídico Crítico.

Resumen: En el presente texto, problematizamos el sentido, objetivos y ubicación en la carrera de Derecho Político, presentamos los contenidos y fundamentos teóricos y metodológicos del nuevo programa de la asignatura correspondiente a la cátedra 3 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Proponemos finalmente, una forma de enseñar y comprender Derecho Político desde una perspectiva que se descentra del cratos centrismo y se afirma desde las ciudadanías y los derechos humanos, en forma situada.

Palabras claves: Enseñanza, Derecho político, derechos humanos, ciudadanía.

Abstract: In the present text, we problematize the meaning, objectives and location in the career of Political Law, we present the contents and theoretical and methodological foundations of the new program of the subject corresponding to Chair 3 of the Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. We propose, finally, a way of teaching and understanding Political Law from a perspective that is decentralized from the centrality and is affirmed from citizenship and human rights, in a situated form.

Keywords: Teaching, Political Law, Human Rights, Citizenship.

Resumo: No presente texto, problematizamos o significado, objetivos e localização na carreira do Direito Político, apresentamos os conteúdos e fundamentos teóricos e metodológicos do novo programa da assinatura correspondente á cátedra 3 da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Propomos finalmente, uma forma de ensinar e compreender Direito Político desde uma perspectiva que é descentrada do cratos centrismo e afirma-se a partir as cidadanias e os direitos humanos, em forma localizada.

Palavras-chave: Ensino, Direito Político, Direitos Humanos, Cidadania.

Résumé: Dans le présent travail, nous problématisons le sens, l'objectif et la localisation du sujet Droit politique dans le le programme d'études de droit. Nous présentons le contenu et les fondements théoriques et méthodologiques du nouveau programme du sujet correspondant à la chaire III de la Faculté des sciences juridiques et sociales. Nous proposons enfin un moyen d'enseigner et de comprendre le droit politique dans une perspective décentralisatrice affirmée à partir de la citoyenneté et des droits de l'homme.

Mot-clés: Enseignement, droit politique, droits de l'homme, citoyenneté.

摘要: 在本文中, 我们研究了政治法事业的意义, 目标和地点, 提出了法律和社会科学学院新课程的内容, 理论和方法基础。最后, 我们提出了一种教育和理解政治法的方式, 这种方式从中心地位分散出来, 并以公民身份和人权的形式得到肯定。

关键字: 教学, 政治法, 人权, 公民身份。

I. Introducción

La enseñanza del Derecho Político está en crisis. Crisis que no llega (aún) a la propuesta de la erradicación de la materia de los planes de estudios. No obstante, sí alcanza a generar confusión o al menos vaguedad en cuanto a los objetivos, la denominación y el sitio que la asignatura debe tener en la formación académica de los/as profesionales del derecho.

Siendo que hemos escrito sobre esos temas, para no repetir tópicos sobre los que ya hemos reflexionado², preferimos en este texto comentar la experiencia, que está en sus inicios, de plasmar en el proceso de enseñanza-aprendizaje de la asignatura una nueva perspectiva del derecho político y sus fundamentos, a través del nuevo programa de la Cátedra 3 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

II. Fundamentación: Ubicación e importancia de la materia, vinculación con las correlativas

El plan de estudios de la carrera de abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP ha sido modificado en 2013 mediante Resolución HCD N° 336 de 27 de diciembre de 2013.

² Ver Médici, Alejandro. El malestar en la cultura jurídica. La Plata. EDULP. 2011. pp. 35-56.

Durante 2017 ha comenzado con la implementación del nuevo plan y, las autoridades de la facultad han solicitado la actualización de los programas y el ajuste al nuevo *currículo*, en consonancia con los estándares aprobados para la acreditación de las carreras de Abogacía por el Consejo Interuniversitario Nacional (Res. CE N° 954/14).

Las modificaciones esperadas no sólo apuntan a los contenidos, sino que se hace hincapié en una metodología de la enseñanza que se aleje de las clases magistrales y despliegue los contenidos teóricos junto con la práctica disciplinar.

El programa de la materia Derecho Político correspondiente a la Cátedra III fue aprobado el 7 de julio de 1987. Treinta años de vigencia hacen posible hablar de virtudes y defectos, pero tanto el tiempo transcurrido, como las exigencias que la comprensión de la realidad a la que se dirige la materia, hacen que hoy sea un programa meramente formal y en parcial desuso. Que no resulte significativo o de utilidad como herramienta facilitadora y orientadora del estudio de la materia para los y las estudiantes.

El Derecho Político no es una materia de cultura general complementaria sobre ciencias políticas o teoría del estado a insertar en los contenidos formativos de los/as futuros/as profesionales del derecho, sin conexión con los ejes troncales (las distintas ramas del derecho positivo) de la misma.

Por el contrario, la primer y simple justificación de la materia y de su designación “Derecho Político”, así como de los contenidos que debería tener y de su ubicación más conveniente en el plan de estudios de la carrera, es una “verdad de perogrullo”: que el derecho es político, que existe una “politicidad” (no en el sentido partidista) del derecho. No obstante, esto que es generalmente admitido no se refleja adecuadamente en los contenidos de formación de los y las futuros/as profesionales del derecho. Pareciera que conviene más adoptar una actitud teórica de distanciamiento, neutralidad u objetividad que encubre o desplaza la cuestión de la inevitable politicidad del derecho.

Los contenidos del orden jurídico en sus principios, valores positivizados y normas son portadores de opciones acerca de políticas del derecho y programas jurídicos a realizar, sujetos a polémica e interpretaciones por parte de los operadores jurídicos (y políticos). Por lo tanto, no alcanza con encajar contenidos de ciencia política o teoría del estado desvinculados del resto de los contenidos troncales del plan de estudios como una simple materia complementaria o de cultura general.

Por el contrario, hay que facilitar a los futuros graduados las herramientas teóricas y prácticas que los orienten en su futuro ejercicio y comprensión del derecho en lo que hace a las opciones de políticas del derecho que se abren en cada una de las distintas instancias del ejercicio de la profesión (estatal, privado, social). Aprovechar los contenidos de esta asignatura como herramientas que le serán sumamente útiles en su actuación profesional futura para comprender las opciones de políticas del derecho en las que tendrá que encuadrar u orientar su intervención desde distintos ámbitos de ejercicio.

Para poner un ejemplo, la identificación y comprensión de los paradigmas jurídicos operantes (en el sentido preciso de Jürgen Habermas³, en su texto *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, quien construye el concepto para comprender y problematizar “*los nexos de sentido que permanecen latentes [...] y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de las imágenes de los juristas se hacen de sus contextos sociales*”), las políticas del derecho y programas jurídicos que les son inherentes, requiere de un grado de avance y madurez de los estudiantes que difícilmente puede esperarse en el primer año de la carrera.

³ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado constitucional de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta. Madrid. 1998. p. 470.

Así, identificar y distinguir políticas del derecho y programas jurídicos de un paradigma neoliberal o de un paradigma social del derecho, por ejemplificar, exige conocer: las normas constitucionales y leyes marco, diferenciar entre las tendencias económicas keynesianas y neoclásicas en el marco de la economía política, para comprender las distintas formas de vinculación funcional entre estado y derecho que ambos paradigmas suponen. Es decir, requiere conocimientos de teoría del derecho, economía política, derecho constitucional positivo y derecho internacional de los derechos humanos en tanto los instrumentos internacionales de DESC, incorporados al bloque de constitucionalidad en las condiciones de su vigencia, suponen estándares y exigencias normativos y de políticas públicas. Todo ello para poder comprender los alcances de cada uno de los paradigmas y lo que suponen en términos del modelo del estado constitucional de derecho.

De ahí que, en oportunidad de ser consultados de cara a la reforma del plan de estudios, que finalmente se concretó en el nuevo plan de estudios o “plan 6”, propusimos que la asignatura fuera ubicada en una posición más avanzada del desarrollo del currículo, siguiendo las experiencias de las facultades de derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, de la Universidad Nacional de Rosario y en la Universidad Nacional del Comahue.

En las dos primeras la asignatura está ubicada en sus planes de estudios en tercer y cuarto año, en la última ha sido desdoblada en dos que se integran en primer y segundo año del plan de estudios. En todos los casos, esas ubicaciones y disposiciones de la asignatura obedecen a la importancia de no retacear la dimensión de politicidad y la responsabilidad cívica dimanante para los profesionales del derecho.

Desafortunadamente, pese a lo fundado del pedido, esto no fue compartido por las autoridades y gestores de nuestra facultad en el diseño de la ubicación de las materias y sus correlatividades. Por otro lado, y no obstante lo dicho, es preciso reconocer que la ubicación de la asignatura en el nuevo plan

de estudios ha sido beneficiada por la inclusión de nuevas y necesarias correlativas previas, como son “Introducción a las ciencias sociales” e “Introducción al conocimiento científico y a la metodología de la investigación”. Estas materias en principio promueven un estudiantado que llega a la asignatura con su formación propedéutica fortalecida, en relación con el plan de estudios anterior.

Sigue siendo necesario entonces, que, aún con esas limitantes relativas, el Derecho Político cumpla con la función de evidenciar en la formación de la estudiantina la politicidad del derecho, sin retaceos basados en una pretendida asepsia, para empezar a discernir las responsabilidades calificadas que caben a ciudadanos y ciudadanas, que, en tanto futuros y futuras profesionales del derecho, van ganando el manejo de la herramienta jurídica.

A más abundamiento argumental quiero recordar que los grandes maestros del derecho público que supieron enseñar en las aulas de nuestra facultad y prestigiar nuestra casa de estudios, como Carlos Sánchez Viamonte, Segundo V. Linares Quintana, Arturo Sampay, Alfredo L. Palacios, Silvio Frondizi, Alfredo Galleti, Bartolomé Fiorini, Germán Bidart Campos, Humberto Quiroga Lavié, Juan Carlos Rubinstein, Carlos Fayt, Hugo Mateo Dolgopol, Manuel Urriza, Ramón Torres Molina entre otros y otras, destacaron y constituyen referencia en sus respectivas áreas porque a su conocimiento del derecho y del derecho público agregaron la comprensión de la politicidad y complejidad de la instancia jurídica de la sociedad. Creo que no les recordáramos, si se hubieran limitado a la enseñanza y repetición del derecho positivo en forma dogmática.

Estas opciones y responsabilidades en las que debe formarse a los y las estudiantes a lo largo de todo el desarrollo del currículo de la carrera, y no sólo en derecho político, tienen, también en nuestra asignatura, como núcleo central las exigencias dimanantes del bloque de constitucionalidad que articula los mencionados instrumentos internacionales de derechos

humanos en las condiciones de su vigencia. De ahí el énfasis puesto en las concepciones de dignidad humana vinculadas a las teorías e instituciones políticas. Y más específicamente, en su significante central en la modernidad: los derechos humanos. Por lo tanto, los derechos en general, y en especial, aquellos que hacen a su dimensión cívica y política son tanto un contenido transversal a todo el programa, pero además se desarrollan específicamente en lo pertinente a nuestra asignatura.

III. Renovación de los referentes de la asignatura

La perspectiva de abordaje de la materia, acorde a las exigencias formativas del siglo XXI y de nuestro contexto sociocultural, debe hacerse teniendo en cuenta los siguientes parámetros: politicidad del derecho, enfoque desde los derechos humanos y la ciudadanía, perspectiva de género, perspectiva socioambiental, pensamiento situado y giro descolonizador.

Como decíamos en la contextualización de la ubicación de la asignatura dentro del plan de estudios vigente, nosotros entendemos que la docencia en Derecho Político implica una doble tarea, a la tradicional formación en los conceptos básicos que hacen a los contenidos mínimos: poder, estado, derecho, fuerzas políticas y sociales, representación, sistemas electorales, el régimen jurídico constitucional de todos estos conceptos, su desarrollo histórico, etc., se le suma la, para nosotros inescindible de la primera, necesidad de la formación de las futuras y los futuros profesionales del derecho en la responsabilidad ciudadana cualificada que supone el manejo del derecho.

El derecho es una mediación social que regula ámbitos relevantes de la convivencia. Al hacerlo, toma opciones que provienen de diversos proyectos sociales, que tienen implicancias políticas y morales. El derecho es, sintéticamente, mediación para la realización de proyectos sociales⁴.

⁴ Dussel, Enrique. Praxis latinoamericana y filosofía de la liberación. Docencia. Buenos Aires. 2010.

Tiene, por lo tanto, en forma inherente, una dimensión de politicidad. Esto que resulta evidente no es entonces descubrir algo nuevo, sino hacer visible lo visible. Infelizmente el formalismo de la enseñanza jurídica ha evitado durante mucho tiempo esta evidencia de la politicidad del derecho, generando una enseñanza excesivamente basada en la normatividad y la dogmática abstractas, sin tener en cuenta los supuestos básicos subyacentes, históricos, morales, que hacen a las opciones de lo que podemos llamar, “políticas del derecho”. Enrique Marí⁵ ha denominado esta pretensión de la autosuficiencia de la práctica y la enseñanza del derecho como el “mito de la uniformidad semántica del discurso jurídico”. El derecho alude y no puede disimular, su relación jurisgénética con la política y el poder, pero a continuación, por medio de la profesionalización corporativa de las tareas jurídicas, y la enseñanza jurídica formalista, elude ese vínculo y relación tensa de politicidad que está en su origen y ejercicio.

Es decir, evita interrogarse sobre en qué forma, según que necesidades históricas y sociales, influenciado por cuáles intereses, en base a qué justificaciones filosóficas, políticas y morales, el derecho regula distintos ámbitos relevantes de la convivencia social.

En ese sentido, y ensayando una respuesta muy general, se puede decir que el derecho contemporáneo, no es neutral, sino que toma como núcleo principiológico y normativo a los derechos humanos. Por lo tanto, el Derecho Político debe enseñarse no desde una perspectiva pretendidamente descriptiva, mucho menos desde una cratoscéntrica, sino desde los derechos y la ciudadanía. Nosotros entendemos derechos humanos y ciudadanías como procesos históricos y sociales de apertura y consolidación de espacios (culturales, institucionales, jurídicos y políticos) de lucha por las plurales formas y comprensiones

⁵ Marí, Enrique y otros. El discurso jurídico. Abordaje psiconalítico y otros enfoques. Hachette. Buenos Aires. 1982. p. 57.

de la dignidad humana. (Cf. Joaquín Herrera Flores, David Sánchez Rubio, entre otros y otras⁶).

Esta certeza tiene consecuencias en varios aspectos. Pensamos que el Derecho, y en este caso el Derecho Político ya no puede enseñarse sin incorporar una perspectiva de género transversal a toda la materia. Ello tanto en lo que hace a las políticas del derecho, como a la historia de los procesos e ideas políticas que han influido en procurar equidad en las relaciones entre sexos, y en la construcción social de igualdad y diferencia no inferiorizante en los roles de género, siendo esta dimensión fundamental a la hora de reforzar el enfoque de la asignatura desde una mirada que se descentra de la descripción del poder formal institucionalizado.

De ahí la necesidad de incorporar las interrelaciones entre derecho-instituciones-y formas históricas y contemporáneas de poder social, lo que implica, historizar la dimensión androcéntrica del poder, resaltar la historia de los movimientos sociopolíticos y de las ideas políticas críticas, para formar a las /los futuros profesionales en políticas del derecho que incorporen el enfoque de género. El plan propuesto apunta a modificar el Programa para que dé cuenta de esta historia de exclusiones y luchas, en la convicción de que es imprescindible reflexionar y tomar conciencia sobre la inequidad de género para contribuir a eliminar la violencia de género en la sociedad.

Tampoco puede enseñarse la materia, como si la sociedad humana organizada actuara en un vacío, sin relación con la naturaleza. Si la política y sus instituciones son formas de organizar la convivencia de los seres humanos, ésta no puede escindirse de las formas en que se satisfacen las necesidades sociales en relación con el medio ambiente natural. Existe hoy

⁶ Herrera Flores, Joaquín. La reinención de los derechos humanos. Atrapasueños. Sevilla. 2005; Sánchez Rubio, David. Encantos y desencantos de los derechos humanos. De emancipaciones, liberaciones y dominaciones. Icaria. Barcelona. 2011, entre otros muchos textos de estos autores y de otras/os que seguimos esta perspectiva acerca de derechos humanos y ciudadanías en América Latina y Europa.

una tendencia a superar la escisión entre disciplinas hiperespecializadas, articulando ciencias sociales y de la naturaleza.

De ahí que la política no puede pensarse al margen de sus precondiciones, de sus prácticas y de sus consecuencias socioambientales, que el derecho debe intentar regular en función de la reproducción de la vida de la especie humana, entendida como parte del circuito de la vida sobre el planeta. La dimensión de las relaciones de poder es fundamental para pensar una ecología política de las sociedades. Cada vez resulta más evidente, que el derecho y los derechos humanos no pueden pensarse al margen de la cuestión socioambiental.

Tampoco alcanza solamente con incorporar las disciplinas ambientales en las carreras académicas de forma especializada, por ejemplo, el derecho ambiental en el plan de estudios, sino que debe ser una mirada transversal a la enseñanza del derecho.

Es por lo tanto también necesario incorporar en la enseñanza de nuestra materia herramientas conceptuales de la ecología política, la historia ambiental, la sociología ambiental⁷, que permitan a las y los estudiantes de derecho tener nociones de historia y de política que les hagan visualizar como las relaciones de poder (económico, cultural, político) influyen el metabolismo social con la naturaleza entre las regiones y estados y al interior de los mismos, distribuyen costos y beneficios de la relación sociedad-naturaleza, para fomentar la comprensión en las futuras abogadas y en los futuros abogados de las políticas del derecho vinculadas al desarrollo humano sustentable. Se trata de problematizar cómo se ha receptado, en líneas generales, en el estado y en el derecho esta cuestión central.

Todo esto, a su vez, debe ser articulado desde pensamiento situado, que promueve la formación de profesionales que entienden el derecho, no como conjunto de normas e instituciones abstractas, sino como herramientas y mediaciones para

⁷ Garrido, F., Gonzales de Molina, J.L., Solana, J-L. (Eds.) El paradigma ecológico en las ciencias sociales. Icaria. Barcelona. 2007.

resolver problemas en contextos y situaciones concretas. De ahí que la comprensión de las exigencias en términos de necesidades sociales, de modulaciones de funcionamiento de las instituciones del estado constitucional y democrático de derecho, de las interpretaciones posibles de las normas en el marco de las experiencias y situaciones concretas, sean centrales en dicha formación.

Sin duda, creemos esto es válido para todas las asignaturas de la formación jurídica académica. En el caso de Derecho Político, resulta necesario incorporar en la historia de los procesos e ideas políticas una perspectiva que cambia la dirección de la mirada. Para poder pensarnos y hablarnos y no ser pensados o hablados.

La historia de las ideas políticas pretendidamente “universal” tiene en realidad marcado sesgo eurocéntrico. Nuestra situación regional y nacional aparece como una consecuencia, un epifenómeno menor y derivado de lo que sucede en el centro donde se juega y vertebrata la historia política. De la misma forma, pensar los modelos de funcionamiento de sistemas políticos, trazar una arquitectura de sus instituciones, discernir su funcionalidad, supone siempre receptor pasivamente las experiencias euronorteamericanas, consideradas modélicas. Las experiencias de organización política, los procesos y movimientos sociales de nuestra región, las ideas políticas de las mujeres y hombres que comparten nuestra historia regional, las dimensiones específicas que nuestra realidad exige en términos de derechos humanos y de ciudadanías, nos son desconocidas en relación con la historia y las ideas políticas de Occidente (entendiendo por tal Europa y los Estados Unidos).

No se trata de promover un pensamiento esencialista ni particularista, sino de comprender los contenidos de la asignatura desde nuestro arraigo situacional, desde nuestra experiencia histórica y desde una perspectiva que a partir de allí se eleva y aporta a la construcción de lo general y de lo universal. Las relaciones de poder, el funcionamiento del derecho y de las

instituciones, los requerimientos que hacen a las ciudadanías y a los derechos humanos, no se ven igual en abstracto que partiendo de nuestra experiencia jurídica y política. (Cf. Casalla, Auat, Jaramillo, Argumedo, entre otras y otros⁸).

Experiencia que tiene que ver con nuestra ubicación post-colonial en el sistema mundial, con condicionamientos que la misma implica en la construcción de relaciones económicas, políticas, culturales, de género, ambientales internas y externas, con el carácter pluralista de nuestra sociedad, con los patrones de relaciones de poder y de desigualdades sociales que esta diferencia implica. Obviar estas determinaciones, para formar en una cultura general abstracta de la historia de las ideas y de las instituciones políticas, ya no puede ser una opción en la enseñanza de nuestra asignatura. (Cf. Wallerstein, Quijano, Dussel, Gunder Frank, entre otras y otros⁹).

Se trata de comprender la diferencia entre los contextos de enunciación de los discursos del conocimiento político y jurídico, que tienen sus ámbitos específicos de producción sesgados hacia las academias hegemónicas de Estados Unidos y Europa Occidental, y los contextos de la recepción y reproducción de dichos discursos en América Latina y el Sur global, promoviendo una relectura activa desde nuestra situación y no pasiva, como ha sido generalmente hasta ahora. También de percibir las enunciaciones propias y las reenunciaciones situadas de esos discursos. En resumen, de enseñar el conocimiento político desde la percepción crítica de la geopolítica del conocimiento operante.

⁸ Casalla, Mario. América Latina en perspectiva. CICCUS. Buenos Aires, 2011; Auat, Alejandro. Hacia una filosofía política situada. Waldhuter. Buenos Aires. 2011. Jaramillo, Ana. La descolonización cultural. Un modelo de sustitución de importación de ideas. Ediciones UNLa. Lanús. 2014; Argumedo, Alcira. Los silencios y las voces en América Latina. Notas sobre el pensamiento nacional y popular. Ediciones del Pensamiento Nacional. Buenos Aires. 2006.

⁹ Wallerstein, Immanuel. El moderno sistema mundial 1, 2, 3. Siglo XXI. Mexico D.F. 1996, 1998; Quijano, Anibal. La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina. En: Lander. Edgardo (Comp), La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales. CLACSO-UNESCO. Buenos Aires. 2001; Dussel, Enrique. Política de la liberación. Vol. 1. Historia mundial y crítica. Trotta. Madrid. 2007.

Esto implica pensar la experiencia política, las instituciones, el estado, la sociedad y todo el campo semántico de la asignatura desde nuestra experiencia y situación regional, y desde allí comprender la historia política mundial (entendiendo por tal calificación no solamente una historia de tipo eurocéntrico u occidental).

Estamos, por lo tanto, ante desafíos que nos retan como personas y como docentes de derecho: Cambiar la mirada centrada en el poder hacia una centrada en las ciudadanías y los derechos. Cambiar la perspectiva androcéntrica en que hemos sido formadas, por una sensible a la igualdad y diferencia en la construcción de relaciones y roles de género.

Cambiar la idea de que el estado y el derecho operan en el vacío de relaciones con el medio natural, o de que el derecho ambiental es una rama más de la hiperespecialización de las ciencias jurídicas, por una sensibilidad comprensiva de la cuestión socioambiental y sus determinantes de poder, las responsabilidades de ciudadanías, instituciones, políticas públicas en la construcción de una relación sustentable con la naturaleza, de la que nuestra vida y la de las generaciones futuras dependen.

Cambiar la formación eurocéntrica, por una situada en nuestra realidad y experiencia contextual, desde la que poder receptar activamente, ponderar y aportar desde nuestra realidad al interrogante sobre qué son en el pensamiento político contemporáneo generalidad y universalidad. Para poder pensar desde nuestra situación las instituciones políticas y el derecho como mediaciones para la convivencia, los derechos y el ejercicio de las ciudadanías.

Si nosotros no conseguimos incorporar esto en nuestra mirada de la realidad, en el ejercicio de nuestra función docente, mal podremos fomentar aptitudes y actitudes acordes a estos objetivos en los y las estudiantes de derecho.

IV. Ejes o núcleos centrales/ conceptos claves

Los ejes o núcleos centrales pasan en la primera parte:

Por una mirada de los conceptos y procesos políticos fundamentales no cratoscéntrica sino orientada hacia los derechos humanos y las ciudadanías.

Por un enfoque relacional que muestra la articulación del derecho como mediación de proyectos en diálogo y tensión. Proyectos que articulan distintas formas de entender las relaciones entre grupos sociales, la construcción de roles de género, las relaciones socioambientales, y por lo tanto inciden en la comprensión de ciudadanías, derechos y poderes.

Estas consideraciones se hacen desde un pensamiento no abstracto sino situado en nuestra realidades nacionales y regionales. Metodológicamente requiere de ubicar todos los conceptos y procesos en una historia mundial, por oposición a la llamada “historia universal” de sesgo eurocéntrico y difusionista. Y de poner en constante relación los conceptos de la primera parte con los de la segunda, como vía de historización desde la propia experiencia situacional del campo semántico de la asignatura.

En esa tarea el giro descolonizador, la recepción activa de las ideas políticas y el mejor conocimiento de las propias ideas y procesos regionales y nacionales pretenden mirar y aportar al mundo y no ser mirados o hablados desde un pretendido “punto cero” abstracto.

Las ciudadanías así pensadas, hacen a una articulación de interseccionalidades plurales de clase, género, cultura, etnia, región, etc., pero matizadas por lo situacional nacional y latinoamericano, por las formaciones nacionales de alteridad (Cf. Segato, Lugones, entre otras y otros¹⁰). Desde ahí es posible pensar la historia y funcionamiento de las instituciones políticas,

¹⁰ Segato, Rita. La nación y sus otros. Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de la identidad. Prometeo. Buenos Aires. 2007.

de la democracia y del estado de derecho constitucional, en las formaciones políticas regionales y nacional (complejos estado-sociedad civil) (cf. Rubinstein, Cox, entre otros y otras¹¹) desde la experiencia y aportar al conocimiento general del campo de la asignatura.

Sintéticamente entonces:

Politicidad del derecho; formaciones políticas (complejos estado-sociedad civil); relaciones entre derechos, instituciones y poderes nominados e innominados jurídicamente; relaciones sociales en contexto situacional y sus incidencias en las ciudadanías y derechos; perspectiva de género; politicidad de las relaciones sociedad naturaleza o ecología política; perspectiva situada (ideas, fuerzas, procesos) en contexto regional y nacional; contextualización en una historia mundial no eurocéntrica vista desde nuestra experiencia (giro descolonizador); formaciones nacionales de alteridad; derechos humanos y ciudadanías como procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por el reconocimiento de los diversos aspectos y comprensiones de la dignidad humana.

V. Conclusión: una redefinición del Derecho Político

En esta perspectiva, el Derecho Político se define entonces a contrapelo de algunas de las tendencias que marcaron la enseñanza de la asignatura en las facultades de derecho de nuestro país.

No es una materia de cultura general politológica para futuras/os profesionales del derecho.

Mucho menos de repetir la triste historia de un pseudo realismo, que pretendía enseñar la subordinación del derecho al poder, siendo funcional a la justificación de los gobiernos de

¹¹ Rubinstein, Juan Carlos. Formación política y nación. En: Biblioteca del Congreso de la Nación (Ed.) Nación y mercado. Buenos Aires. 1999; Cox, Robert. Social forces, states and world orders. Beyond international relations theory. En: Keohane, Robert. Neorealism and its critics. Columbia University Press. New York. 1986.

facto o a las deficiencias del funcionamiento de nuestro proceso democrático y/o nuestro estado de derecho.

El derecho político en perspectiva emancipatoria trabaja comprendiendo críticamente las tensiones y exorbitancias entre derecho y poder de forma histórica y contextual. Situada.

Se trata de una asignatura prescriptiva, normativa, de nuevo, crítica. No meramente descriptiva. Normatividad exigida por el bloque de constitucionalidad en cuanto centro principiopológico y/o normativo de nuestro derecho positivo que demanda ciertos contenidos paradigmáticos de las políticas del derecho, desde derechos humanos y democracia.

Lo hace entonces desde una perspectiva no *cratocéntrica*, sino desde los procesos de lucha por la apertura y consolidación de espacios (institucionales, sociales, culturales) donde se afirman y reconocen las plurales formas de comprender y practicar la dignidad humana. Es decir, una opción *ex parte populi*, desde las ciudadanías, los derechos, la diversidad, los paradigmas jurídicos que se centran en un derecho de origen democrático.

Un saber que forma para las responsabilidades ciudadanas calificadas de los/las operadores/as del derecho en un contexto de tensión entre poderes sociales salvajes neoabsolutistas¹² y derechos. Por tales poderes entendemos, siguiendo a Luigi Ferrajoli, aquellos poderes públicos o privados, micro o macrosociales, *contra legem* o *praeter legem*. Se trata de aquella variada fenomenología de poderes que tiene marcos de impunidad frente al derecho, o que no está suficientemente regulado conforme criterios de estricta legalidad y *iurisgenesis* democrática. Estos poderes, disputan, resignifican, apropian, los bienes sociales que son el contenido y fundamento de los derechos humanos¹³. Por ej. los bienes socioambientales que

¹² Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trotta. Madrid. 1996.

¹³ Medici, Alejandro. Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Maestría en Derechos Humanos UASLP, CENEJUS. San Luis Potosí-Aguas Calientes. 2016.

provee la naturaleza, o el espacio público plural y diverso de la comunicación y la información o la salud comprendida en forma holística, social y cultural.

Son coagulaciones opacas en la dialéctica, siempre presente, entre sobreciudadanías y subciudadanías¹⁴. Es decir, la pluralidad de conflictividades entre aquellas personas y grupos para las que el derecho, el poder judicial, son siempre oportunidades de usos convenientes y abusos para sostener privilegios que se presentan como derechos; frente a la mayoría de personas y grupos que tienen una experiencia jurídica de ser integrados/as al estado por el lado malo, como deudores/as de servicios públicos esenciales impagables, usuarios/as de salud y educación pública desfinanciadas y degradadas en su importancia y calidad, trabajadores/as precarizados/as, desempleados/as, sospechosos/as y criminalizados/as por ser empobrecidos/as, víctimas de la violencia institucional, social y simbólica contra mujeres, niñas niños y adolescentes, por tener identidades de género y opciones sexuales diversas, pertenecer a grupos originario campesinos que mantienen y resisten en sus características culturales, y en sus economías populares urbanas o rurales.

Este amplio campo y diverso campo de la subciudadanía, siempre ha existido y peleado desde el fondo de nuestra historia por el reconocimiento, por la justicia social, ambiental, intercultural, que nuestra sociedad le debe. Lo ha hecho con mejores y peores resultados. Con épocas de victorias y de derrotas para el campo popular. Pero se dilata y diversifica dramáticamente como consecuencia de las políticas neoliberales. Se compone de grupos vulnerados, no vulnerables; de empobrecidos/as, no pobres; de todas aquellos personas y grupos que tienen obstáculos de hecho económicos, sociales, culturales para que su presencia sea visualizada y su voz escuchada, para integrar sus problemas y necesidades en la agenda pública, para ejercer en sede judicial o

¹⁴ Medici, Alejandro. La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro descolonizador. Facultad de Derecho UASLP-CENEJUS-Educación para las ciencias en Chiapas. San Luis Potosí-Aguas Calientes. 2012.

en la participación ciudadana activa los derechos humanos que el estado constitucional democrático y social de derechos debería reconocer, promover y proteger.

Entonces, para terminar, estamos en condiciones de dar una definición nueva del Derecho Político conforme a estas coordenadas teóricas y metodológicas, que inspiran nuestra comprensión de esta materia, que se han plasmado en el nuevo programa y en nuestra experiencia de enseñanza-aprendizaje. El Derecho Político es una indagación acerca de las posibilidades y de los límites del derecho de génesis y ejercicio democrático, cuyo contenido esencial son los derechos humanos y sus garantías, para regular los poderes sociales salvajes neoabsolutistas.

Bibliografía

- Argumedo, Alcira. Los silencios y las voces en América Latina. Notas sobre el pensamiento nacional y popular. Ediciones del Pensamiento Nacional. Buenos Aires. 2006.
- Auat, Alejandro. Hacia una filosofía política situada. Waldhuter. Buenos Aires. 2011.
- Casalla, Mario. América Latina en perspectiva. CICCUS. Buenos Aires, 2011;
- Cox, Robert. Social forces, states and world orders. Beyond international relations theory. En: Keohane, Robert. Neorealism and its critics. Columbia University Press. New York. 1986.
- Dussel, Enrique. Política de la liberación. Vol. 1. Historia mundial y crítica. Trotta. Madrid. 2007.
- Dussel, Enrique. Praxis latinoamericana y filosofía de la liberación. Docencia. Buenos Aires. 2010.
- Ferrajoli. Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Trotta. Madrid. 1996.
- Garrido, F., Gonzales de Molina, J.L, Solana, J-L. (Eds.) El paradigma ecológico en las ciencias sociales. Icaria. Barcelona. 2007.
- Habermas, Jürgen. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado constitucional de derecho en términos de teoría del discurso. Trotta. Madrid. 1998.

- Herrera Flores, Joaquín. *La reinención de los derechos humanos. Atrapasueños*. Sevilla. 2005;
- Jaramillo, Ana. *La descolonización cultural. Un modelo de sustitución de importación de ideas*. Ediciones UNLa. Lanús. 2014;
- Marí, Enrique y otros. *El discurso jurídico. Abordaje psicoanalítico y otros enfoques*. Hachette. Buenos Aires. 1982. p. 57.
- Médici, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica*. EDULP. La Plata. 2011.
- *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Facultad de Derecho UASLP-CENEJUS-Educación para las ciencias en Chiapas. San Luis Potosí-Aguas Calientes. 2012.
- *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Maestría en Derechos Humanos UASLP-CENEJUS. San Luis Potosí-Aguas Calientes. 2016.
- Quijano, Anibal. *La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina*. En: Lander, Edgardo (Comp), *La colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales*. CLACSO-UNESCO. Buenos Aires. 2001;
- Rubinstein, Juan Carlos. *Formación política y nación*. En: *Biblioteca del Congreso de la Nación (Ed.) Nación y mercado*. Buenos Aires. 1999;
- Sánchez Rubio, David. *Encantos y desencantos de los derechos humanos. De emancipaciones, liberaciones y dominaciones*. Icaria. Barcelona. 2011.
- Segato, Rita. *La nación y sus otros. Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de políticas de la identidad*. Prometeo. Buenos Aires. 2007.
- Wallerstein, Immanuel. *El moderno sistema mundial 1, 2, 3. Siglo XXI*. Mexico D.F. 1996, 1998.

Perspectiva de géneros y feminismos jurídicos en la enseñanza del derecho

Perspective of legal genres and feminisms in the teaching of law

Perspectiva de gêneros legais e feminismos no ensino do direito

Perspective des genres juridiques et des féminismes dans l'enseignement du droit

法律教学中的性别与法律女性主义透视

Erika Silvina Bauger¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 297-312

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e277>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6207-4203>

Recibido: 17/03/2019

Aprobado: 14/06/2019

Resumen: Este trabajo se origina en una línea de preocupaciones y ocupaciones teóricas y prácticas en nuestra tarea docente en torno a la necesidad de introducir la perspectiva de géneros en la enseñanza del Derecho como *conditio sine qua non*, para que la igualdad de derechos humanos de las mujeres y otras identidades no hegemónicas, no sea una mera declaración formal sino una realidad tangible y vivenciada en el aquí y ahora. La incorporación de variables de género en el Derecho ha

¹ Abogada, egresada con Diploma de Honor y Medalla de la UNLP. Premio “Joaquín V. González”. Auxiliar Docente con funciones de Adjunta de la Cátedra I de Derecho Internacional Privado de la FCJyS. de la UNLP. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata. Becaria de investigación en Iniciación, Perfeccionamiento y Formación Superior de SECyT de la UNLP. Maestranda en Relaciones Internacionales y en Derechos Humanos de la UNLP. Estudiante de la Especialización en Docencia Universitaria de la UNLP. Integrante de la Red de Profesoras de la FCJyS y del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la UNLP. ebauger@gmail.com ebauger@jursoc.unlp.edu.ar. Orcid: 0000-0002-6207-4203.

puesto en el tapete de manera crítica, las parcialidades descriptivas y prospectivas de intocables teorías y conceptos jurídicos, lo que nos obliga a incorporar un enfoque metodológico de género desde el conocimiento mismo de las bases y fundamentos del Derecho y en especial, de los Derechos Humanos. Esto afecta, de manera indubitable, a nuestra tarea docente, de investigación y de extensión, poniendo en tela de juicio el modelo científico académico que venimos desarrollando, lo que en consecuencia, redundará en la formación de las futuras generaciones de profesionales.

Palabras clave: perspectiva de géneros- feminismos jurídicos- enseñanza- Derecho- Derechos humanos.

Abstract: This work originates in a line of concerns and theoretical and practical occupations in our teaching task around the need to introduce the gender perspective in the teaching of Law as a *conditio sine qua non*, so that the equality of human rights of women and other non-hegemonic identities, not a mere formal declaration but a tangible reality lived in the here and now. The incorporation of gender variables in the Law has critically addressed the descriptive and prospective biases of untouchable theories and legal concepts, which forces us to incorporate a methodological approach to gender from the very knowledge of the foundations and fundamentals of Law and, in particular, of Human Rights. This affects, undoubtedly, our teaching, research and extension, putting into question the academic scientific model that we have been developing, which consequently will result in the training of future generations of professionals.

Key words: perspective of genders - legal feminisms - teaching - Law - Human rights.

Resumo: Este trabalho origina-se em uma linha de preocupações e ocupações teórico-práticas em nossa tarefa de ensinar em torno da necessidade de introduzir a perspectiva de gênero no ensino do Direito como condição *sine qua non*, para que a igualdade de direitos humanos de mulheres e outras identidades não hegemônicas, não uma mera declaração formal, mas uma realidade tangível vivida no aqui e agora. A incorporação de variáveis de gênero no Direito tem abordado criticamente os vieses descritivos e prospectivos de teorias e conceitos jurídicos intocáveis, o que nos obriga a incorporar uma abordagem metodológica ao gênero a partir do próprio conhecimento das fundações e fundamentos Direito

e, em particular, dos Direitos Humanos. Isso afeta, sem dúvida, nosso ensino, pesquisa e extensão, colocando em questão o modelo científico acadêmico que temos desenvolvido, o que conseqüentemente resultará na formação de futuras gerações de profissionais.

Palavras - chave: perspectiva dos gêneros - feminismos legais - ensino - Direito - Direitos humanos.

Résumé: Ce travail a pour origine une ligne de préoccupations et des occupations théoriques et pratiques de notre tâche d'enseignement concernant la nécessité d'introduire la perspective de genre dans l'enseignement du droit en tant que condition *sine qua non*, afin que l'égalité des droits de l'homme les femmes et d'autres identités non hégémoniques, non pas une simple déclaration formelle mais une réalité tangible vécue ici et maintenant. L'incorporation de variables liées au sexe dans la loi a permis d'attaquer de manière critique les biais descriptifs et prospectifs de théories et de concepts juridiques intouchables, ce qui nous oblige à intégrer une approche méthodologique du genre à partir de la connaissance même des fondements du droit et, en particulier, des droits de l'homme. Cela affecte sans aucun doute notre enseignement, notre recherche et notre vulgarisation, remettant en question le modèle scientifique académique que nous avons développé, qui aboutira par conséquent à la formation de futures générations de professionnels.

Mots clés: perspective des genres - féminismes juridiques - enseignement - Droit - droits de l'homme.

摘要: 这项工作起源于我们在教学任务中的一系列关注和理论与实践职业, 围绕在法律教学中引入性别观点的必要性。将性别变量纳入法律, 批判性地解决了不可接触的理论 and 法律概念的描述性和前瞻性偏见, 迫使我们从基础知识和基础知识中纳入性别方法论方法。法律, 特别是人权。

关键字: 性别观点 - 法律女权主义 - 教育 - 法律 - 人权。

I. Marco referencial. Diagnóstico y contexto institucional

Se busca reflexionar sobre la necesidad de revisar las estrategias, los métodos y los parámetros para reorientar el proceso

de aprendizaje y enseñanza del Derecho desde una teoría de la argumentación basada en la aplicación concreta de los Derechos Humanos sin discriminación y el de recuperar las teorías del feminismo jurídico en el ámbito en que nos desempeñamos: nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Los feminismos jurídicos se pueden situar históricamente en la década de los setenta en los Estados Unidos como articulación de los activismos feministas y en sus diversas manifestaciones teóricas: liberales, marxistas, radicales, poscoloniales, post-modernas, entre otras, que generaron distintas estrategias de acción. Asimismo, originaron heterogéneas recepciones en los campos disciplinares como la filosofía, la sociología y la política, conectados también a problemas en torno a casos judiciales y atravesando agendas políticas diferentes según el contexto institucional. Es decir, no podemos hablar de un sólo tipo de feminismo jurídico sino de varios que plantean perspectivas de trabajo situadas en los distintos contextos y ancladas en necesidades específicas de las mujeres y otras identificaciones no hegemónicas LGTBIQ (Lesbianas, Gays, Trans, Bisexuales, Intersexuales, Queer).²

II. Gérmenes de los feminismos jurídicos

Desde la constitución de los Estados modernos se han producido diversas consideraciones respecto del Derecho y en especial, del objeto y fundamentos de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos y sus antecesores -los Derechos del Hombre y el Ciudadano- surgen en la modernidad. Es inútil

² En los noventa crearon un movimiento apropiándose de la palabra “queer” y convirtiéndola en aquella que identificara un nuevo movimiento en el que el sexo y el género estuvieran en eterna construcción y transformación. Estas personas sintieron que muchos gays y lesbianas querían imitar el modelo de familia heterosexual estadounidense. “El término será cuestionado, remodelado y considerado obsoleto en la medida en que no ceda a las demandas que se oponen a él precisamente a causa de las exclusiones que lo movilizan”, sostiene Judith Butler, una de las madres de este movimiento, en su ensayo ‘Acerca del término queer’.

rastrear genealogías previas ya que llegan de la mano de la burguesía, del dominio de la naturaleza, de la esperanza en el progreso, del hombre racional y de la dominación y circulación del capital. Es decir, su nacimiento cumplió una función de legitimación de nuevas formas de vida en el Estado moderno y de la configuración de un sujeto en tanto eje del mundo moderno. Sin embargo, al mismo tiempo, abrieron una doble vía revolucionaria, una segunda brecha de revolución que no había sido prevista por los que construyeron el mundo moderno: la que reclama los sueños no cumplidos de todos y cada uno de sus miembros.

Una de las proclamas más importantes del pensamiento ilustrado, es utilizada por las mujeres del siglo de las luces para poner en evidencia las contradicciones de una organización política, social y económica que no beneficia con el principio de igualdad a todos sus integrantes. El status históricamente determinado de sujeto de derecho –macho, mayor, blanco, occidental, heterosexual y propietario- que se esconde dentro del neutro universal de individuo abstracto y autónomo ha sido cuestionado y cambiado, siendo por tanto, modificable. Sin embargo el reconocimiento de derechos a sujetos diversos, y en especial a las mujeres, es todavía dificultoso en la práctica.

Durante el Siglo XX emerge una amplia tradición que comprende al Derecho no sólo en su función social sino también como un fenómeno social. El feminismo jurídico puede ubicarse en esta tradición aunque, previamente a la conformación del campo, los feminismos en sus múltiples expresiones anticiparon dicho enfoque crítico. Se trata de una particular comprensión del Derecho y las estructuras jurídicas modernas, que genera a su vez nuevas claves de lectura de la normativa legal. La comprensión del Derecho como un fenómeno que excede la pura normativa jurídica y se encuentra indisolublemente asociado a lo social, lo cultural y lo político, se advierte en los desarrollos teóricos elaborados por mujeres a partir de la modernidad. El panorama abierto no siguió una única lógica ya que aparecieron múltiples ramas que se combinaron, entremezclaron,

mantuvieron fieles a sus orígenes o los contrariaron y criticaron radicalmente (Costa Wegsman, 2011).

Desde el momento mismo en que se establecen las formas modernas del Derecho, se comienzan a debatir los elementos centrales del entramado jurídico en su relación con las mujeres, como la igualdad, la ciudadanía y los derechos.

La igualdad de derechos es, entonces, proclamada y reclamada por mujeres en el siglo de la ilustración. Un ejemplo de ello, es Olympe De Gouges, quien junto a otras mujeres lucharon codo a codo con el hombre en la Revolución Francesa de 1789. Redacta la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana³ reproduciendo el texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano sobre el sustrato en él especificado que afirma que “La mujer nace y permanece igual al hombre en sus derechos”. De Gouges sostiene que hasta tanto no se produzcan cambios sustanciales en la manera en que las mujeres son concebidas, la promesa de igualdad seguirá su curso sólo en el ámbito de los ideales abstractos. Antes de ser guillotizada por los propios revolucionarios hombres libres franceses, y a pesar pertenecer al “sexo superior tanto en belleza como en coraje”, advierte los límites del universal ciudadano y el principio de igualdad.

Otra muestra de ideales feministas, la encontramos paralelamente en Gran Bretaña con Mary Wollstonecraft⁴, quien

³ Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana (redactada en 1789 por Olympe de Gouges para ser decretada por la Asamblea nacional francesa). En el Preámbulo reclama que “Las madres, hijas, hermanas, representantes de la nación, piden que se las constituya en asamblea nacional. Por considerar que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de 105 gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer...”. A partir de aquí reproduce en 17 artículos los derechos consagrados para el hombre en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Culmina con un Epílogo arengando a las mujeres a despertar y a reclamar sus derechos.

⁴ Mary Wollstonecraft escribe una de las primeras obras de la literatura y filosofía feministas: “*Vindicación de los derechos de la mujer*” (1792), cuyo título original en inglés es “*A Vindication of the Rights of Woman: with Strictures on Political and Moral Subjects*”. En

sostiene que es necesario el abandono del ámbito doméstico por parte de las mujeres para el desarrollo de su lugar en el mundo del trabajo. La equiparación de las posibilidades de hombres y mujeres se postula como una condición *sine qua non* para los objetivos revolucionarios de una humanidad más libre y racional. Cabe señalar que esta autora reconoce diferencias entre varones y mujeres, sostiene que éstas son resultado del trato y la educación diferencial que unos y otras reciben. Es por ello, que su propuesta se centra en una educación que promueva y potencie la autonomía y la racionalidad de las mujeres, en pos de alcanzar el ideal igualitario. En este entendimiento, Wollstonecraft combate las ideas respecto de una naturaleza inferior de las mujeres en su aspecto racional y moral, y contrapone una noción de igualdad por la cual se vislumbra el modo en que las diferencias son efectos de un orden no natural. Es importante destacar que la base de su argumento centrado en la necesidad de ampliar la educación de las mujeres, marca un hito histórico relevante en el pensamiento feminista: el ideal igualitario se concreta siempre en función de determinadas condiciones materiales que posibilitan o limitan su alcance (Bodelón, 2009).

Estas ideas de las mujeres ilustradas encuentran su eco en el sufragismo de fines del siglo XIX, como una conquista del feminismo basado en la convicción de no existir diferencias sustantivas entre mujeres y hombres. No obstante, las desiguales

ella rebate la postura sostenida por los teóricos políticos y educacionales del siglo XVIII de que las mujeres no debían tener acceso a la educación. La autora argumenta que las mujeres deberían recibir una educación acorde a su posición en la sociedad ya que, según la escritora, son esenciales para la nación porque son ellas las que educan a los hijos y porque podrían ser consideradas no sólo meras esposas, sino pares de sus maridos. En lugar de verlas como simples elementos decorativos en la sociedad o bienes con los que comerciar a la hora de acordar un matrimonio, Wollstonecraft mantiene que las mujeres son seres humanos que merecen los mismos derechos fundamentales que los hombres. La autora se decidió a escribir "Los derechos de la mujer" tras leer el informe de 1791 de Charles Maurice de Talleyrand-Périgord para la Asamblea Nacional Constituyente de Francia que sostenía que las mujeres solamente debían recibir educación relacionada con el ámbito doméstico. "Los derechos de la mujer" fue escrito como respuesta directa a los eventos que estaban teniendo lugar. Wollstonecraft tenía la intención de escribir un segundo volumen más meditado, pero murió antes de poder completarlo.

condiciones en el ejercicio efectivo de los derechos, lleva a reconsiderar el concepto jurídico de igualdad de derechos⁵.

Siguiendo a Zuñiga Añazco (2009), el pensamiento feminista nacido como respuesta a las deficiencias de la universalidad moderna, revela hacia mediados del siglo XX fuertes discrepancias internas respecto de los alcances de la igualdad ciudadana. La revisión del concepto afirma que la pretensión de igualdad implica la adaptación de las mujeres a cierto modelo de ciudadano hombre, invisibilizando sus necesidades y deseos para ajustarse a las características del modelo de sujeto de derecho. Esta “segunda oleada” feminista, al decir de Pitch (2010), emerge en los países como Estados Unidos y Europa occidental donde tuvo lugar la emancipación femenina desde el punto de vista jurídico. En los años sesenta ingresan en la escuela y luego en la universidad una gran masa de mujeres, quienes se dan cuenta que la igualdad es sólo formal y lo que se sigue esperando de ellas –a pesar de la educación recibida– es que continúen siendo esposas y madres. La cuestión de la igualdad es, en consecuencia, una cuestión cultural, no sólo jurídica, social y económica.

Este movimiento rechaza una igualdad entendida como asimilación al modelo masculino. Así, los principios de imparcialidad y objetividad en el concepto de igualdad ciudadana son funcionales al modelo patriarcal establecido; el derecho se constituye en una herramienta velada para satisfacer los intereses y necesidades del predominio masculino (Costa Wegsman, 2011). En esta “segunda oleada”, las propuestas feministas parten de una premisa fundamental: puesto que el derecho es un producto del patriarcado, es una institución hecha a partir del punto de vista masculino dominante. El derecho es, por tanto, masculino (MacKinnon, 1987)⁶. En la medida en que el

⁵ El derecho garantiza el acceso al trabajo, sin embargo las mujeres cobran un salario inferior al de los hombres por la misma labor. Asimismo, son las principales responsables del cuidado familiar y del trabajo doméstico, no acceden a puestos jerárquicos y son las principales perjudicadas por acoso laboral.

⁶ MacKinnon es una jurista académica, abogada, profesora, escritora y activista feminista estadounidense. Especializada en igualdad de género en derecho internacional y

paradigma de la neutralidad es comprendido como un dispositivo patriarcal, la propuesta para enfrentarla es visibilizar las diferencias entre hombres y mujeres. De tal forma, se empieza a analizar críticamente no sólo cómo el principio de igualdad ha sido entendido por las políticas, sino el principio de igualdad mismo. No se trata sólo de obtener el reconocimiento pleno de los derechos de los que, formalmente ya se es titular, sino de interrogar a la lógica misma de los derechos, a su lenguaje, al sujeto al que son atribuidos. No se trata de la paridad en el mundo dado, sino de reconstruir un mundo que reconozca la existencia de dos sujetos (Pitch, 2010).

III. Feminismos jurídicos en Latinoamérica

En América Latina los estudios que vinculan el Derecho con el género y las teorías sobre un feminismo jurídico latinoamericano son más recientes y se asocian con la necesidad de actuar en pos del reconocimiento efectivo de los Derechos Humanos de las mujeres a partir de la década de los noventa. Estos desarrollos teóricos se concretan, en primer lugar, en la ratificación de fuente convencional internacional y en leyes que reglamentan su aplicación a diferentes ámbitos de desarrollo de las mujeres. Así, la CEDAW (Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer)⁷ y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará)⁸.

constitucional y en teoría política y legal, fue pionera en reclamar legislación contra el acoso sexual y junto a Andrea Dworkin, creó ordenanzas que reconocían la pornografía como una violación de los derechos civiles. Su trabajo toma componentes del marxismo y se centra en la explotación y el abuso sexual, incluido el acoso sexual, la violación, la prostitución, el tráfico sexual y la pornografía.

⁷ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

⁸ La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida también como la Convención Belem do Pará, lugar en que fue adoptada en

Así, desde la década de los noventa comienza a hablarse en términos de Género y Derecho o de Derechos Humanos y Género, como materias de investigación, y más actualmente y en forma incipiente de feminismos jurídicos.

Cabe advertir, que estas teorías problematizan varios temas desde distintas perspectivas contextualizadas y situadas. Por ello, no aparecen en los programas de estudio de las universidades latinoamericanas. Distinta es la recepción de la categoría de género que sí es reconocida en los centros académicos dando nombre a materias, programas, institutos donde confluyen las investigaciones feministas.⁹

Asimismo, el pensamiento latinoamericano se construye desde su condición periférica respecto de los centros del Norte. Para nuestro caso, el pensamiento feminista latinoamericano se articula en la producción de conocimiento y enfoques originales en un movimiento doble de recepción/resignificación y diferenciación de las ideas de los feminismos estadounidenses y europeos. Esta relación centro-periferia es insoslayable para el conocimiento del Derecho en estos temas, puesto que es en Estados Unidos donde se institucionaliza por primera vez un área de pensamiento jurídico feminista (Costa, Wegsman, 2015).

Hacia mediados de la década de los noventa, la vinculación de la academia estadounidense con profesionales y juristas de América Latina es la llave para la publicación de un libro pionero del pensamiento jurídico feminista latinoamericano. El

1994 propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado y su reivindicación dentro de la sociedad. Define la violencia contra la mujer, establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y la destaca como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

⁹ En el Instituto de Cultura Jurídica de la UNLP, se ofrece la Especialización para el Abordaje de las Violencias Interpersonales y de Género, para personas con título de Abogacía, Psicología, Trabajador Social, Lic. en Comunicación, Médico y/o aquellos profesionales que estén en contacto con la problemática sobre el tema de violencia y género de Universidades Nacionales, Privadas o Extranjeras reconocidas.

Programa de Derecho de la Mujer de la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington inaugura en 1997 un proyecto que convoca a profesionales del derecho de América Latina para trabajar en torno a la discriminación de género en esta región. Como producto final del proyecto, se publica: *Género y derecho*, compilación de artículos editada por Alda Facio, jurista costarricense, y Lorena Fries, abogada chilena. En su presentación se señala: “este texto, el primero en su clase, escrito por eruditas del derecho de Latinoamérica” (Grossman y Shalleck, 1999). Allí se compilan artículos de juristas de distintos países, donde se analizan las categorías de género y el concepto de patriarcado, se cuestiona la neutralidad del lenguaje del derecho, la división público/privado, las mujeres y su lugar en las familias y se invoca al feminismo como praxis para pensar y hacer el derecho (Lerussi y Costa, 2018).

En nuestro país son muchos los recorridos teóricos realizados que principian un pensamiento argentino sobre la temática. En la bibliografía se citan algunos trabajos, Ellos constituyen una plataforma de acción para una variedad de trabajos en nuestra Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP en sus tradicionales funciones –docencia, investigación y extensión- pero deconstruidas a la luz de estos desarrollos.

II. Conclusiones y sugerencias

Las mujeres tomamos el megáfono y nuestra voz resuena en todas las escalas: global, regional, nacional y local. La palabra feminismo ya no es un término extraño y feminista es quien puede ver la desigualdad y opresión que históricamente vivieron y viven las mujeres y quiere revertir esa situación. La desigualdad se expresa en las diferencias salariales que existen en relación a los varones, en el techo de cristal en las cátedras universitarias, en el trabajo doméstico no remunerado, en el cuidado de niñas y niños y ancianas y ancianos que no son reconocidos como trabajos. La forma más extrema de esa opresión son los feminicidios. En lo que va de este año, hay un

femicidio cada 36 horas en Argentina. En total, 38 mujeres han sido asesinadas por motivos de violencia de género en lo que va de 2019, tanto en Buenos Aires como en distintas provincias del país. Esta situación dramática tiene un anclaje cultural que se inserta en una matriz machista que necesitamos deconstruir, desnaturalizar y visibilizar para cambiar la realidad.

La discusión por la legalización del aborto que tuvo lugar en el Congreso de la Nación durante el 2018 y que marcó la agenda de trabajo de muchas organizaciones de mujeres, es una muestra del pensamiento cultural sobre este tema. No se discute el aborto clandestino como problema social, sino se discute el aborto en cuanto tal. Y el aborto se ha transformado en un acta de acusación contra las mujeres transformándolas -en cierto imaginario colectivo- en marimachos egoístas, dueñas de la vida y la muerte y que paradójicamente han producido dos nuevas víctimas: los embriones y los hombres. El razonamiento es perverso: puesto que si las mujeres y los hombres han alcanzado plena igualdad, no se puede excluir a los segundos de decisiones como las referentes al embarazo. Las discusiones parlamentarias traslucen discursos patriarcales que dan cuenta del disciplinamiento del cuerpo femenino¹⁰ –y por tanto de su vida-, pudiendo hablarse de una auténtica ausencia de *habeas corpus* para las mujeres, mientras no se les reconozca plena responsabilidad en orden a la procreación. Lo que significa que no puede haber igualdad de hombres y mujeres hasta que no se garantice ese reconocimiento.

En mi opinión, y a la luz de los recorridos teóricos y prácticos inaugurados por otras mujeres, sólo sabiendo desde adentro como funciona nuestra Universidad, podemos pensar en formas reales y eficaces para introducir el análisis de género y las teorías del feminismo jurídico en los procesos de aprendizaje y

¹⁰ Sobre el concepto de disciplinamiento del cuerpo femenino, ver Foucault, Michel (1991). *Historia de la sexualidad 1- La voluntad de saber*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Y Foucault, Michel (2018). *Historia de la sexualidad 4. Las confesiones de la carne*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

enseñanza de las y los futuros profesionales. La posibilidad de plantear problemas concretos sobre el rol del Derecho, la identificación de normas jurídicas discriminatorias y la aplicación de los dispositivos legales, puede ser una manera de contribuir a repensar las prácticas docentes como prácticas sociales, culturales, políticas e históricamente situadas.

En suma, en el marco de mi participación en la Red de Profesoras de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y el Observatorio de Enseñanza del Derecho, se propone lo siguiente:

– Investigación: recuperando los desarrollos teóricos sintéticamente expuestos, producir teorías sobre el feminismo jurídico argentino y en particular, de nuestra Facultad. Para esto se puede elaborar un repositorio de bibliografía para ofrecer a profesoras y profesores, abierto a todo el público y que sea actualizado periódicamente. El estudio del material bibliográfico permitirá reconstruir genealogías de los feminismos jurídicos, reconocer las investigaciones precedentes y producir nuevos conocimientos. Articular las Ciencias Jurídicas con otras Ciencias Sociales para el desarrollo de estrategias interdisciplinarias creativas.

– Docencia: trabajar en la transversalización de estudios de género y teorías del feminismo jurídico en cada una de las materias que componen el currículo de nuestra Facultad, lo cual promovería que les egresadas se conviertan en factores de cambio cultural en la aplicación de un Derecho más justo y el acceso real a la justicia sin discriminación. Asimismo, propongo una asignatura específica “Género y Derechos Humanos”, que podría estar adscrita a la asignatura “Derechos Humanos” del nuevo plan de estudios. La propuesta es que sea interdisciplinaria, horizontal entre las y los docentes que participan de las clases y la articulación en forma de Taller. Ello supone favorecer la articulación continua entre teoría y práctica promoviendo la revisión de ambas en su vinculación¹¹.

¹¹ En esta línea de trabajo se pueden señalar algunas estrategias que se utilizarán a lo largo del Taller. Las mismas sólo configuran una hipótesis de trabajo: 1) Actividades de ubicación

– Extensión: Se propone la indagación y compilación de trabajos de sistematización de experiencias de extensión universitaria de distintas Casas de Estudio a los fines de revisar críticamente la praxis extensionista y discutir sobre los modelos de extensión universitaria que se visualizan en nuestra Universidad y cómo esto nos conduce en definitiva a debatir sobre el modelo de Universidad que pretendemos para la comunidad. Esto nos permitirá elaborar una propuesta categórica desde lo académico para los procesos de interpelación de una institución en contexto en temáticas relativas al género y a los Derechos Humanos de las mujeres y otras identidades no hegemónicas. La profundización de los procesos de extensión universitaria no son solamente un camino adecuado sino, más bien, es el comienzo del camino que debemos transitar hacia el espacio de integralidad, donde simplemente la docencia, investigación y extensión sean cotidianas en la formación en contexto y donde los procesos de extensión alimenten a las líneas de enseñanza y la investigación, y viceversa. Porque, en este firme desafío, encontraremos la democratización del conocimiento generado en situaciones concretas de vida de la comunidad. Que la falta de Pueblo en nuestra Universidad y en nuestra Facultad no se naturalice, porque estaremos deslegitimizando una institución que amamos y como ciudadanas y ciudadanos contenemos.

Quiero recordar que cuando Lito Nebbia, escribió: “Si la historia la escriben los que ganan eso quiere decir que hay otra historia”, no se equivocó. Bajo el aparente manto de la igualdad concebido históricamente como universalidad, se encubren

y apertura al tema propuesto. Presentación de los problemas centrales que se pretende trabajar. Ubicación de las perspectivas teóricas que se recuperan para abordarlo, situando los aportes de la bibliografía. 2) Estrategias de problematización de los temas propuestos en función de relevar las visiones y perspectivas de los alumnos. 3) Instancias de trabajo en subgrupos para el abordaje de situaciones problemáticas y análisis de casos prácticos. 4) Instancias plenarios de integración para la puesta en común de aspectos relativos a la producción de los sub-grupos que permitan sintetizar un mapa de categorías y sus relaciones, reflexionando sobre los aportes a la comprensión de situaciones de aprendizaje y delineando posibles perspectivas y criterios de intervención en las mismas.

profundas y terribles desigualdades. Necesitamos recuperar esa “otra” historia: la silenciada, la negada, la dormida, la ausente. Por eso, finalizo citando el epílogo de la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana redactado por Olympe De Gouge en 1789: “Mujer, despierta; el rebato de la razón se hace oír en todo el universo; reconoce tus derechos. El potente imperio de la naturaleza ha dejado de estar rodeado de prejuicios, fanatismo, superstición y mentiras. La antorcha de la verdad ha disipado todas las nubes de la necesidad y la usurpación. El hombre esclavo ha redoblado sus fuerzas y ha necesitado apelar a las tuyas para romper sus cadenas. Pero una vez en libertad, ha sido injusto con su compañera. ¡Oh, mujeres! ¡Mujeres! ¿Cuándo dejaréis de estar ciegas? ¿Qué ventajas habéis obtenido de la revolución? Un desprecio más marcado, un desdén más visible. [...] Cualesquiera sean los obstáculos que os opongan, podéis superarlos; os basta con desearlo.”

III. Bibliografía

- BERGALLO, Paola, JARAMILLO SIERRA, Isabel C. y VAGGIONE, Juan (2018). *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar resistencias conservadoras*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- BIRGIN, Haydée (2000). *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Buenos Aires: Biblos.
- BIRGIN, Haydée (2006). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*. Buenos Aires: Biblos.
- BODELÓN Encarna (2009). “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”. En: Gemma Nicolás y Encarna Bodelón (comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*. Barcelona: Antrhopos.
- COSTA WEGSMAN, Malena (2011). *Críticas del Derecho y feminismos jurídicos*. II Jornadas del Centro Interdisciplinario de Investigaciones en Género, 28, 29 y 30 de septiembre de 2011, La Plata, Argentina. En Memoria Académica. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.4893/ev.4893.pdf.

- FEMENÍAS, María Luisa (2000). *Sobre sujeto y género. Lecturas feministas desde Beauvoir a Butler*. Buenos Aires: Catálogos.
- FOUCAULT, Michel (1991). *Historia de la sexualidad 1- La voluntad de saber*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores
- FOUCAULT, Michel (2018). *Historia de la sexualidad 4. Las confesiones de la carne*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores
- GROSSMAN, Claudio y SHALLECK, Ann. “Programa de Derecho de la Mujer y Derecho Internacional”. En: FACIO, Alda y FRIES, Lorena. *Género y Derecho*. Santiago de Chile: LOM, 1999. p. 9 – 12.
- LERUSSI, Carla y COSTA, Malena (2018). “Los feminismos jurídicos en Argentina. Notas para pensar un campo emergente a partir de la década de 1990”. En: *Rev. Estud. Fem. vol.26 no.1* Florianópolis 2018 Epub Jan 15, 2018. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584.2018v26n141972>
- OLSEN, Frances (1999). “El sexo del derecho”. En: RUIZ, Alicia. *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos.
- MACKINNON, Catherine (1987). *Feminism Unmodified. Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.
- PITCH, Tamar (2010). “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”. En: *Un panorama de filosofía jurídica y política: (50 años de “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”)*. Italia: pp. 435-460.
- RODIGOU NOCETTI, Maite, BLANES, Paola, BURIJOVICH, Jacinta y DOMINGUEZ, Alejandra (2011). *Trabajar en la Universidad. (Des) Igualdades de género por transformar*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba Editorial.
- RUIZ, Alicia (2000). *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos.
- SMART, Carol (1992). “La teoría feminista y el discurso jurídico”. En: BIRGIN, Haydée. *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Buenos Aires: Biblos.
- ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira (2009). “La ‘generización’ de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista”. En: *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, V. XXII/ N° 2 (diciembre 2009), ps. 39-64. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000200003>

Una mirada a la inspección el trabajo. Retos para la ordenación laboral cubana

A look at the inspection work.

Challenges for the Cuban labor organization.

Uma olhada no trabalho de inspeção.

Desafios para a organização trabalhista cubana.

Un regard sur l'inspection du travail.

Défis pour l'organisation du travail cubaine

看一下劳动监察. 古巴劳工组织面临的挑战

*Jennifer Batista Torres*¹ | Universidad de La Habana

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 313-340

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e278>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7945-1079>

Recibido: 16/05/2019

Aprobado: 01/06/2019

¹ Filiación institucional: Profesora Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.
Dirección postal: 5tab, no 10027 / calle 120 y 146. Apto. 15. Municipio Playa, La Habana, Cuba.

Correo electrónico: jennylex91@gmail.com; jennifer@lex.uh.cu Teléfonos: +53 53540833; +53 72082490

Resumen curricular: Jennifer BATISTA TORRES. (La Habana, 1991). Licenciada en Derecho (Universidad de La Habana, Cuba, 2014) Máster en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo (Universidad de La Habana, Cuba, 2018). Estudiante de Doctorado en el Programa de Doctorado en Ciencia Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba en cotutela con la Facultad de Derecho de la Universidad de Nanterre, París Francia. Profesor Asistente de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Laboral y de Seguridad Social de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Miembro de la Cátedra de Estudios Sindicales de la Universidad de La Habana. Autora de artículos científicos y obras nacionales e internacionales. Ganadora del 4to Concurso Iberoamericano y 6to Nacional de Trabajos Jurídicos, 2019. Ponente en eventos científicos nacionales y extranjeros. Desarrolla investigaciones, fundamentalmente, sobre los derechos laborales, la administración laboral y la inspección del trabajo.

Resumen: El presente artículo tiene como objetivo fundamental realizar un breve análisis sobre la inspección del trabajo como mecanismo de control del cumplimiento de la legislación de trabajo y de seguridad social por parte de los empleadores. Siendo que nace de la potestad inspectora de la Administración Pública, se utilizan algunos elementos teóricos del Derecho Administrativo en función de explicar cómo se concreta la misma en la Administración Laboral. Teniendo en cuenta dichos particulares, se exponen los retos a los que se enfrenta el ordenamiento jurídico laboral y de seguridad social cubano en materia de la regulación de la inspección del trabajo como una garantía para los trabajadores y como medidor de la eficacia de las políticas públicas laborales en Cuba.

Palabras claves: potestad inspectora, inspección del trabajo, Administración Laboral, Cuba

Abstract: This article has a main objective, which is to carry out a brief analysis of labor inspection as a mechanism to monitor compliance with labor and social security legislation by employers. Being that it is born from the inspection of the Public Administration, some theoretical elements of Administrative Law are used in order to explain how it is concentered in the Labor Administration. Taking into account this ideas, are exposed the challenges faced by the labor legal system and social security in the matter of labor induction as a guarantee for workers and as a measure of the effectiveness of public labor policies in Cuba.

Keywords: inspector power, labor inspection, Labor administration, Cuba

Resumo: O presente artigo tem como objetivo principal realizar uma breve análise sobre a inspeção do trabalho como mecanismo de monitoramento do cumprimento da legislação trabalhista e previdenciária pelos empregadores. Sendo que nasce da autoridade fiscalizadora da Administração Pública, se utilizam alguns elementos teóricos do Direito Administrativo para explicar como se concretiza a mesma na Administração Trabalhista. Tendo em conta essas particularidades, estão expostos os desafios que enfrenta o sistema legal trabalhista e de seguridade social cubano em matéria de regulamentação da inspeção do trabalho como uma garantia pelos trabalhadores e como medida de efetividade das políticas públicas trabalhistas em Cuba.

Palabras-chave: poder inspetor, inspeção do trabalho, Administração Trabalhista, Cuba.

Résumé: L'objectif principal de cet article est de réaliser une brève analyse sur l'inspection du travail en tant que mécanisme qui permet de contrôler l'application par les employeurs des lois du travail et de la sécurité sociale. certains éléments théoriques de la loi administrative sont utilisés afin d'expliquer comment elle est concrétisée dans l'administration du travail, étant donné qu'il est issu de l'autorité de contrôle de l'administration publique. Compte tenu de ces particularités, les défis auxquels le système juridique du travail et la sécurité sociale cubaine sont confrontés en matière de réglementation de l'inspection du travail, en tant que garantie des travailleurs et mesure de l'efficacité des politiques publiques á Cuba, sont exposés.

Mot-clés: autorité d'inspection, inspection du travail, Administration du travail, Cuba.

摘要: 本文的主要目的是对劳动监察作为监督雇主遵守劳动和社会保障立法的机制进行简要分析. 由于它是由公共行政部门的检查机构产生的, 因此使用行政法的一些理论要素来解释它在劳动行政管理中是如何具体化的. 考虑到这些细节, 劳动法律制度和古巴社会保障在劳动监察管理作为工人保障和衡量公共政策有效性方面面临的挑战暴露无遗. 在古巴就业.

关键字: 检查员的权力, 劳动监察, 劳动行政管理, 古巴

I. Notas iniciales

Desde tiempos inmemoriales el hombre necesitó trabajar. Con el trabajo logró obtener medios de subsistencia por lo cual éste se convirtió en el pilar fundamental para la evolución de la especie humana. La segunda mitad del siglo XVIII fue un momento crucial para el trabajo con la Revolución Industrial. Con ella se transformaron las estructuras sociales y las formas tradicionales de las prestaciones de laborales (Grisolia, 1999). Es, en definitiva, con el entronizamiento del capitalismo, lo que permitió la transformación de las relaciones sociales (De

Buen, 1984) que se expresaron en las relaciones «obrero-empleador». Así, los trabajadores comenzaron a prestar sus servicios personales, pero en inhumanas condiciones, lo cual conllevó a un enfrentamiento entre éstos y sus empleadores. Entonces, ante las precarias condiciones de trabajo y con la intención de proclamar derechos mínimos surge el Derecho del Trabajo (Abramovich y Courtis, S.f). La nueva rama procuró la protección a los trabajadores que laboraran en condiciones de ajenidad, subordinación y dependencia (Diéguez, 1995).

De tal suerte, se evidenció la intervención (Hernaiz Márquez, 1981; Alonso Olea, 1981) del Estado en la regulación jurídica de las nuevas relaciones en torno al trabajo, proyectándose además hacia el control del cumplimiento de la normativa reguladora de dichas relaciones. La referida intervención no fue igual ante todos los supuestos, y se emplearon en ello diversas técnicas jurídicas (Blasco Pellicer y García Rubio, 2001). Pero para el caso de las relaciones laborales, el Estado creó servicios administrativos -Administración Laboral- destinados a intervenir en este orden; especialmente a través de la actividad de inspección «del trabajo», que derivó de la potestad inspectora del Estado.

La inspección del trabajo es un mecanismo de control del cumplimiento de las disposiciones laborales en el marco de las relaciones jurídicas de trabajo. Lleva implícita una titularidad pública y como actividad puede ser realizada por el Estado o por entes diferentes, incluso privados (Bermejo Vera, 1998).

De resultas que en la inspección del trabajo tiene el Estado un medio para garantizar la eficacia normativa (Alonso Olea y Casas Baamonde, 1995) en estas cuestiones. Asimismo, la inspección del trabajo es una vía de defensa de los derechos de los trabajadores. (Vázquez Vialard, 1999)

Si se mira algo hacia el pasado, se puede ver que la inspección del trabajo tuvo sus antecedentes más remotos en el siglo XVIII, con la figura de los veedores de las corporaciones gremiales, los cuales vigilaban el cumplimiento de las normativas de los oficios (De Aguinaga Tellería, 1952). Durante el siglo XIX,

dicha inspección estaba fundamentalmente dirigida a verificar el cumplimiento de las normas relativas a la higiene industrial. (Pig, 1922) Con posterioridad se establecieron otros servicios de inspección, ampliando las materias a controlar (Viamontes Guilbeaux, 2007). De todo este iter nació la inspección del trabajo como actividad pública, cuyo fin primordial, gradualmente adquirido, fue el de velar por la correcta aplicación de las leyes laborales².

La inspección del trabajo se reconoció inicialmente en el ámbito nacional, pero en 1919, con la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se internacionalizó³. De esta manera, se colocó como un instrumento fundamental dentro de la Administración del Trabajo y ha sido objeto de estudios y propuestas (OIT, 2009; OIT, 2010; OIT, 2011). Igualmente, la OIT adoptó los Convenios 81, 129 (ambos prioritarios) y 178; el Protocolo 81; así como las Recomendaciones 20, 28, 81, 133 y 185 relativas todas a la inspección del trabajo. Por otro lado, las corrientes político jurídicas actuales (impulsadas por la propia OIT) colocan a la inspección del trabajo como un indicador fundamental del trabajo decente (Casale y Fasani, 2013), al ser herramienta eficaz y segura para controlar el cumplimiento de la legislación de trabajo.

En la actualidad con el fenómeno de la globalización, con el fortalecimiento del capitalismo y con las continuas crisis económicas, se hace indispensable fortalecer la protección a la clase obrera. La Administración del Trabajo, a través de esta

² Siendo así, posee puntos de contacto con todas las categorías e instituciones del Derecho del Trabajo, teniendo que controlar que se cumpla lo dispuesto en materia de contratación laboral, salario, jornada de trabajo, descansos y vacaciones, seguridad y salud, accidentes y enfermedades profesionales, trabajo infantil, política de empleo, disciplina de trabajo y solución de conflictos.

³ Según el Tratado de Versalles cada Estado debería organizar un servicio de inspección a fin de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores *Cfr.* Artículo 427. 9 del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, depositario: República Francesa disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/tratado-de-versalles/>, consultado el 31 de mayo de 2017.

inspección, posee una vía necesaria para proveer a esa protección donde quiera que existan relaciones jurídicas laborales. Al presente, la inspección del trabajo está sujeta a diversos retos en tanto el mundo del trabajo es cambiante, diverso e imprevisible. Entre estos retos se encuentran la aparición de requisitos específicos técnicos, de nuevos riesgos para la salud, el uso de las nuevas tecnologías (TICs), el envejecimiento poblacional, las tasas elevadas de empleo de mujeres y de desempleo de jóvenes, las migraciones calificadas, las nuevas formas de organización del trabajo y las pretensiones de disminuir los ámbitos ganados en favor de los derechos de los trabajadores. Todos ellos hacen que la inspección del trabajo deba modificar su concepción clásica para llevar a cabo su cometido y ajustarse a las nuevas realidades que se han ido revelando.

Cuba no se encuentra ajena a estos fenómenos por lo cual se enfrenta a varios retos en medio de una actualización de su modelo económico, social y jurídico.

II. Naturaleza jurídica de la inspección del trabajo

La inspección del trabajo puede ser definida como aquella potestad que tiene la Administración de Trabajo y que lleva a cabo con el fin de controlar el cumplimiento de la legislación laboral y de seguridad social. Sin embargo, existen diversos criterios sobre su naturaleza jurídica que influyen directamente en una concepción acabada.

En este sentido, autores como Bermejo Vera (2015, p. 63) afirman que: “se habla de actividad, función o potestad de inspección, sin excesiva precisión en este momento, para identificar unas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas,

actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas. El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en cualquier plano, la seguridad”.

En este sentido, lo más trascendente es que “ya sea considerada potestad, actividad o función” se trata de aludir a las acciones que realice la Administración Pública para constatar el cumplimiento de la normativa, especialmente la laboral en este caso.

Otros como Rebollo Puig plantean que la inspección es una actividad auxiliar “porque siempre tiene por finalidad detectar hechos que deben dar origen al ejercicio de otras potestades administrativas: no solo la sancionadora, como simplistamente puede pensarse, sino a otras muchas de intervención de entidades de crédito, de reintegro de subvenciones, de restablecimiento de la legalidad, etc. Aun así, ella misma cumple por sí sola una función de prevención general que refuerza la observancia de los deberes. Y, en cualquier caso, aunque auxiliar de otras, se presenta formalmente al margen de esas otras”. (2009, p. 55).

Y en la doctrina cubana, influenciada a su vez por la soviética (Vasilenkov, 1989, p 159), la inspección se entiende como la facultad “en el sentido de potestad” que posee un órgano administrativo para examinar los actos materiales y las operaciones preparatorias y ejecutivas de los actos de decisión que tienen a su cargo los trabajadores que le están subordinados. Nunca se proyecta sobre los actos productores de efectos jurídicos (Garcini Guerra, 1978, p. 169).

A partir de esto la inspección posee determinadas características. Tales estarán definidas por la concepción como potestad, como función pública o como actividad. Así, como potestad es una forma de intervención de la Administración pública en la cual no cabe la discrecionalidad. La misma debe de ajustarse a un canon de objetividad, eficiencia, transparencia y responsabilidad, que permitan asegurar, desde la planificación y control de su ejercicio, la debida neutralidad, probidad y cumplimiento

estricto de la juridicidad por parte del inspector. (Sánchez Ramírez y Antúnez Ramírez, 2018, p. 359). Esta se materializa en el reconocimiento de competencias a los diversos órganos especializados en esta materia.

Como actividad se refiere precisamente a la posibilidad de realizar dichas actividades de investigación y constatación en función de la actividad de policía o de control. Y, como función pública se relaciona con todo lo referido al ejercicio de tal por los inspectores designados al efecto.

En esencia, la naturaleza jurídica de la inspección del trabajo está enriquecida por ser una tríada que propende a mayor seguridad jurídica. En el caso específico de la inspección del trabajo, tal se traduce en verificar y promover la protección de los trabajadores frente al ejercicio arbitrario e ilegal del poder de dirección de los empleadores. Sobre todo, en la actualidad, tal particular adquiere especial relevancia con los procesos de globalización neoliberal, nuevas formas de empleo y el uso de las Tics para la realización del trabajo.

III. Principios de la inspección del trabajo

En este caso, los principios no quedan definidos en ningún instrumento jurídico internacional. Sin embargo, siendo la inspección una actividad-función-potestad de la Administración Pública es válido la identificación de los mismos partiendo de aquellos que informan todo su actuar.

En primer lugar, el principio de legalidad, referido a que la Administración Pública solo podrá inspeccionar en la medida que ostente la debida habilitación legal para hacerlo, independiente de la concreta técnica de atribución que se haya utilizado al respecto, tal y como afirma Leal Vásquez (2015a, p. 94). De esta forma, dicho principio se convierte en el sostén estructural de dicha potestad en tanto responde a la verificación de lo regulado y a su vez, asegura la sujeción al procedimiento establecido legalmente para ello. En el caso concreto de la inspección del trabajo este principio se manifiesta en el reconocimiento de tal

potestad a los entes administrativos laborales y de las prerrogativas que posee el inspector y en los procedimientos que debe realizar; así como la definición de las materias a inspeccionar.

Derivado del principio de legalidad se encuentra el de objetividad. Tal se refiere a la interpretación que debe realizar el inspector no solo de las circunstancias observadas durante su actividad sino de la toma de decisiones atendiendo a la racionalidad sin que medie interés personal o subjetividad de modo que la interpretación de la norma no sea ajena a la voluntad del legislador (García Costa, 2011, p. 34).

Igualmente, este principio se vincula al ámbito subjetivo de la función inspectora debido al valor probatorio de sus informes y actas de inspección en los procedimientos administrativos (Míguez, 2011, pp. 119 y ss.) “y judiciales especialmente en la materia laboral”. Además, el principio impone la actuación intachable del inspector, ajeno a favoritismos y a parcializaciones de cualquier índole. Por ello esta función debe ser desarrollada de modo independiente; es decir sin predisposiciones o indicaciones de superiores jerárquicos de fuerzas políticas o administrativas externas que comprometan la actividad. En resumen, el inspector se obliga solo al estricto deber de comprobación de compatibilidad de la legalidad con la actividad inspeccionada sin modulaciones internas o externas de juicios o convicciones personales o externas (Cano, 2013, p 226; Matilla, 2017, pp. 95-97).

Todo esto se traduce en la inspección de trabajo precisamente en que la labor de los inspectores de trabajo como funcionarios públicos los independicen de los cambios de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida. (Artículo 6° Convenio 81) y en el hecho de que “siempre que sea compatible con la práctica administrativa del Miembro, la inspección del trabajo deberá estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central” (Artículo 4° Convenio 81).

Otro de los principios aplicables a la actividad de inspección es el de eficiencia referido a la evaluación de las formas en

las que se emplean los recursos públicos en función de que su uso resulte razonable a los fines de la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y de la propia Administración. De este modo se refiere a la necesidad de la consecución de los fines públicos a través del gasto correspondiente a esa consecución. Matilla (2017, p. 87) Aplicado a la inspección del trabajo tiene idéntica connotación, la Administración Laboral debe realizar su cometido con el uso de los recursos disponibles a su alcance, que deben ser suficientes tal y como disponen los artículos 10 y 11 del Convenio 81.

Por su parte, el principio de proporcionalidad (Stiftung, 2003) referido al alcance de la potestad inspectora en el justo balance de ponderación entre la ejecución de la propia actividad, las circunstancias concurrentes en el momento de la inspección y las medidas aplicadas como resultado de la misma de modo que no resulte inoperante, inactiva (Rivero, 2007, p. 162) ni fuera de los márgenes legales establecidos; se manifiesta en la materia laboral precisamente en que la realización de la inspección debe tener siempre el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones laborales en función de la protección del trabajador y en defensa de sus derechos, atendiendo, no solo a las circunstancias existentes en el momento, sino a las condiciones reales “principio de primacía de la realidad” del medio laboral “entendido este en sentido amplio”. Del resultado de la misma deben derivar medidas para el cumplimiento de las obligaciones del empleador que permiten el goce de los derechos a los trabajadores en el marco del trabajo; el perfeccionamiento de las condiciones del medio laboral, la retrospección al estado normal de condiciones dignas en el trabajo y de trabajo. Sin embargo, ninguna de estas medidas puede representar una carga para el trabajador y menos colocarlo en una posición de deber frente a su empleador.

Por ello, el principio de proporcionalidad en la inspección del trabajo posee caracteres especiales en tanto su cumplimiento deriva de la actuación de los inspectores en la justa medida

atendiendo el principio de eficiencia, legalidad y protectorio del trabajador.

IV. Sujetos de la inspección del trabajo

Es imprescindible referirnos al elemento subjetivo de la inspección. Como ya se explicó la inspección del trabajo es la única institución del Derecho Laboral cuyo sujeto directo no es el trabajador, aunque en definitiva propenda a la protección del mismo. Es decir, la inspección del trabajo está dirigida a la protección de los trabajadores a través del control que se realice a los empleadores. Bajo ninguna circunstancia, la actividad inspectora estará dirigida a los trabajadores.

En este sentido, es importante señalar además que los Convenios internacionales en la materia refieren este particular haciendo alusión al ámbito espacial de la inspección. De esta manera, los sujetos inspeccionados serán los empleadores de los establecimientos industriales y comerciales (C81-1947), a los establecimientos no comerciales (P81-1995), aquellos de las entidades en territorios metropolitanos (C85-1947), a las empresas agrícolas (C129-1969) y a todos los buques dedicados a la navegación marítima con fines de transporte de mercancías o de pasajeros o empleado en cualquier otro uso comercial (C178-1996). Ello se traduce en que más allá de que lo que realmente trasciende para la inspección es precisamente el ámbito en que se realiza el trabajo, será la figura del sujeto empleador el obligado al cumplimiento de las normativas jurídicas relativas a los derechos laborales y de seguridad social.

De resultas, otra figura también personifica esta actividad de inspección: el inspector de trabajo. Este sujeto es un funcionario público por definición (Artículo 6 del C81-1947). Quien, además, debe tener un régimen de empleo que le garantice estabilidad y lo independice de cualquier cambio de gobierno y de cualquier influencia exterior indebida. A su vez el C178-1996 (artículo 7º) reafirma la definición exponiendo que el inspector es todo funcionario u otra categoría de empleados públicos

encargados de la inspección de cualquier aspecto de las condiciones de vida y de trabajo (...), así como a toda persona debidamente acreditada que realice una labor de inspección para una institución u organización facultada por la autoridad central de coordinación (...). Por ello, es totalmente aplicable a dichos sujetos las cuestiones teóricas sobre la función pública y el ejercicio de la misma.

Igualmente, es importante agregar, de manera muy somera que los inspectores de trabajo deben tener identificados en un cuerpo jurídico específico los requisitos de idoneidad para ejercer como tal, las atribuciones, facultades y prohibiciones. Tales están definidos explícitamente en los diferentes Convenios de la OIT sobre la materia.

V. Funciones y organización del sistema de inspección

El sistema de inspección del trabajo se refiere al conjunto de estructuras interrelacionadas entre sí que llevan a cabo la actividad de inspección. Su organización depende de cada ordenamiento jurídico concreto; sin embargo, el C-81 propone que debe estar bajo la vigilancia y el control de una autoridad central. Además, el sistema de inspección puede estar conformado por un grupo de inspectores individualmente asignados o existir oficinas locales en dependencia de la distribución política administrativa de cada Estado. Lo cierto es que la organización de los sistemas de inspección debe garantizar el cumplimiento y control de la legislación de trabajo y de seguridad social por parte de los empleadores.

Dicho sistema, posee un conjunto de funciones que pueden identificarse desde la teoría general de la inspección a través de las potestades que la Administración Laboral les otorga a los inspectores.

a) Potestad de acceso a lugares privados. No solo a los abiertos al público, que no plantean problemas, sino a locales cerrados, a dependencias de uso privado como oficinas,

instalaciones y su entorno, medios de transporte o buques. De ordinario, se trata de entrar en los locales que dependen del inspeccionado o, en su caso, de las personas a su servicio. Pero a veces se requiere y se permite el acceso a locales de otros sujetos; por ejemplo, a un local contiguo a aquel del que emana un ruido para hacer las mediciones necesarias (Rebollo Puig, 2004, p. 309).

Esta potestad incluye o hasta se identifica con la de observación directa de cuantas cosas (materias primas o productos terminados, máquinas, animales...) o personas allí se encuentren.

b) Potestad de examen de la documentación, y de obtener copias. A veces se configura como facultad de hacer de la Administración que le posibilita el acceso directo a los documentos de forma que el administrado solo tiene que dejar actuar, mientras que en otros casos se presenta como una facultad de ordenar la exhibición o remisión de documentos que comporta para el destinatario un deber de hacer. Puede afectar al inspeccionado o, en su caso, a terceros por sus relaciones con el inspeccionado. No en todos los casos se establece con carácter general sino acotando más o menos los documentos que pueden ser objeto de examen. (Rebollo Puig, 2004, p. 310).

c) Potestad de recabar información y exigir respuestas a las preguntas que se formulen, tanto del inspeccionado como, en su caso, si está previsto, de su personal y hasta de terceros (suministradores y prestadores de servicios al inspeccionado, clientes y usuarios del inspeccionado, etc.). (Rebollo Puig, 2004, p. 310).

d) Potestad de tomar muestras de diferentes bienes para análisis, incluso de bienes de propiedad de persona distinta del inspeccionado. (Rebollo Puig, 2004, p. 311).

e) Potestad de recabar de otros órganos administrativos información o documentación. No se trata solo de que en virtud del deber general de colaboración “las Administraciones Públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios

probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirijan” y de que la que reciba tal petición deba “facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias”. (Rebollo Puig, 2004, p. 311)

Estas potestades pueden estar completadas con la de adoptar medidas provisionales, no ya para impedir que se siga cometiendo una actuación ilícita o produzca sus efectos lesivos, que ya es cuestión ajena a la función de inspección, sino para asegurar su propia investigación. (Manuel Rebollo Puig, 2013, p. 64).

Este conjunto de funciones se manifiesta específicamente en la inspección del trabajo según lo que establece el C81- 1947.

El artículo 3 de dicho convenio dispone que el sistema de inspección estará encargado de:

a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;

b) facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;

c) poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes.

Igualmente se dispone que ninguna otra función que se encomiende a los inspectores del trabajo deberá entorpecer el cumplimiento efectivo de sus funciones principales o perjudicar, en manera alguna, la autoridad e imparcialidad que los inspectores necesitan en sus relaciones con los empleadores y los trabajadores. (Artículo 3.2 C81-1947).

A su vez, los inspectores del trabajo tendrán la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento. (Artículo 17 C81.1947).

En el caso específico de la inspección en la agricultura las funciones de los inspectores serán (artículo 6 C129-1969):

a) velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, descanso semanal y vacaciones; seguridad, higiene y bienestar; empleo de mujeres y menores, y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;

b) proporcionar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;

c) poner en conocimiento de la autoridad competente los defectos o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes, y someter a ella proposiciones para mejorar la legislación.

VI. Retos para la ordenación laboral cubana

Cuba no se encuentra hoy ajena a un escenario donde, con sus particularidades, la inspección del trabajo tiene relevancia *per se*. En nuestra realidad político-jurídica, la protección de las relaciones laborales adquiere un papel esencial atendiendo sobre todo a los fundamentos constitucionales del Estado cubano⁴, a la importancia del trabajo⁵ y a los principios sobre los cuales se

⁴ Artículo 1: Cuba es un *Estado socialista de derecho y justicia social*, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos como república unitaria e indivisible, *fundada en el trabajo*, la dignidad, el humanismo y la ética de sus ciudadanos para el disfrute de la libertad, la equidad, la igualdad, la solidaridad, el bienestar y la prosperidad individual y colectiva.

⁵ *Vid.* Artículos 1, 20, 31, 42, 43 y 64 y ss. de la Constitución cubana de 2019 en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 5 de 10 de abril de 2019.

erige el sistema laboral⁶. Así, la calidad en la ordenación y en la ejecución de la inspección del trabajo en Cuba se convierte en un tema vital.

En Cuba, no se han esclarecido los antecedentes histórico-jurídicos de la inspección del trabajo; de ahí que exista dificultad para comprender indubitadamente el íter evolutivo de ese fenómeno jurídico.

Sin descartar la mirada al período previo al nacimiento de Cuba como Estado, es sin dudas a partir de esta etapa en el siglo XX que puede ser más interesante el análisis histórico. En la etapa republicana prerrevolucionaria, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de 1909, instituyó la Secretaría de Agricultura, Comercio y Trabajo y dentro de sus facultades estableció la alta inspección en los establecimientos industriales⁷. Esto permitió vislumbrar el nacimiento de una administración especial en la materia y que tuvo su punto cumbre con el Decreto Presidencial No. 2142 de 1933,⁸ el cual creó la Secretaría de Trabajo. El Decreto No. 2335⁹ del propio año 1933, definió las materias de competencia de dicha secretaría y la Ley No. 91¹⁰ del año siguiente estableció sus funciones y estructura¹¹. Pero no se puede afirmar que existió ninguna disposición jurídica orgánica y sistematizada que regulara la inspección del trabajo durante esta época¹². No obstante,

⁶ Vid. Artículo 2 de la Ley No. 116 Código de Trabajo de 20 de diciembre de 2013 en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 29 de 17 de junio de 2014.

⁷ Cfr. Artículos 247 y 248 del Decreto No. 78 del Gobernador Provisional en Cuba en *Gaceta Oficial* de 12 de enero de 1909.

⁸ Cfr. Decreto No. 2142 de 13 de octubre de 1933 en *Gaceta Oficial* de 16 de octubre de 1933.

⁹ Cfr. Decreto No. 2355 de 25 de octubre de 1933 en *Gaceta Oficial* de 26 de octubre de 1933.

¹⁰ Cfr. Ley No. 91 de 12 de abril de 1935 en *Gaceta Oficial Extraordinaria* de 16 de abril de 1935.

¹¹ Vid. MÉNDEZ PEÑATE, Rodolfo: *Curso de legislación obrera*, 2do Curso, T.: I, Imprenta Modas Magazine, La Habana, 1953, pp. 293 y ss.

¹² Las normativas más cercanas a la materia fueron las leyes de accidentes de trabajo (1916, 1933) e higiene del trabajo (1948).

un hecho a destacar fue el reconocimiento de la inspección del trabajo en el artículo 85¹³ de la Constitución de 1940, lo que encierra un momento importante en su régimen jurídico, al menos en lo formal, porque con ese reconocimiento adquiere rango constitucional. Para 1954, Cuba ratificó el Convenio 81 (1947), que dispuso la creación de sistemas de inspección en establecimientos industriales.

Al triunfo revolucionario en 1959, la Ley Fundamental¹⁴ conservó en el artículo 85 la referencia a la inspección del trabajo. En 1960, en Cuba existía una División de Revisión e Inspección Social¹⁵ y en 1972 se creó la Dirección de Inspección Nacional del Trabajo.

Por su parte, la Constitución de 1976, a diferencia de la de 1940, no contuvo reconocimiento expreso sobre la inspección del trabajo; aun cuando se contienen en ese texto constitucional esenciales referencias al trabajo, incluso enraizado en la esencia misma de nuestro Estado socialista. La vigente Constitución del año 2019 mantiene idéntica omisión, aunque logra enfatizar la trascendencia del trabajo y de los trabajadores para la nación.

El funcionamiento de la inspección fue regulado inicialmente, por los Decretos No. 100 de 1982¹⁶, No. 116 de 1983¹⁷. Posteriormente, al promulgarse la Ley No. 49 de 1984, Código

¹³ Artículo 85.- A fin de asegurar el cumplimiento de la legislación social, el Estado proveerá a la vigilancia e inspección de las empresas. *Cfr.* Ley de 1ro de julio de 1940 (Constitución de la República de Cuba) en *Gaceta Oficial* No. 464 de 8 de julio de 1940.

¹⁴ *Cfr.* Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959 en *Gaceta Oficial Especial* No. de 8 de febrero de 1959.

¹⁵ *Cfr.* Ley No. 696 de 22 de enero de 1960, de la estructuración orgánica del Ministerio de Trabajo en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 2 de 25 de enero de 1960.

¹⁶ *Cfr.* Decreto No. 100 Reglamento General de la Inspección Estatal en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 14 de 10 de febrero de 1984.

¹⁷ *Cfr.* Decreto No. 116 Reglamento para la inspección sindical de protección e higiene del trabajo en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 54 de 20 de julio de 1983. Este tipo de inspección es un complemento a la inspección del trabajo.

de Trabajo¹⁸ la inspección del trabajo fue ordenada en los artículos 296 y siguientes.

Ya en los años ´90 las relaciones laborales iniciaron un proceso de redimensionamiento lo que dio al traste el desfase de dichas normas en cuanto a relaciones laborales e inspección del trabajo.

En el 2002, respondiendo a las nuevas circunstancias económicas, políticas y sociales, se constituyó la Oficina Nacional de Inspección del Trabajo (ONIT)¹⁹ como entidad administrativa adscripta al Ministerio de Trabajo, con la misión de comprobar el cumplimiento de la política en materia de trabajo y seguridad social. Tal institución tiene oficinas territoriales que cumplen la función de inspección en las entidades que tiene bajo su cargo.

Alrededor de esto, encontramos el primer reto que deriva de la interrogante de la incidencia de la estructura administrativa en los niveles territoriales que llevan a cabo la inspección del trabajo. Igualmente, hace pensar en la naturaleza de la inspección: administrativa, laboral o mixta.

En el año 2007 vino a completar la regulación de esta institución la Resolución No. 20 de 2007²⁰ la cual estableció los fines, el objeto y el contenido de la actividad de inspección nacional del trabajo.

Actualmente, la inspección del trabajo queda regulada por los Decretos No. 100 de 1982 y 116 de 1983 y por el vigente Código de Trabajo (CT)²¹ y su Reglamento²².

¹⁸ Cfr. Ley No. 49 Código de Trabajo en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 93 de 28 de diciembre de 1984.

¹⁹ Mediante Acuerdo 4085 de 2001 y la Resolución 590 del Ministerio de Economía y Planificación (MEP), del propio año.

²⁰ Cfr. Resolución No. 20 Reglamento del Sistema de Inspección Nacional del Trabajo de 6 de abril de 2007 en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 18 de 18 de abril de 2007.

²¹ Cfr. Artículos 190 y ss. del CT.

²² Cfr. Artículos 222 y ss. del Decreto No. 326 Reglamento del Código de Trabajo de 12 de junio de 2014 en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 29 de 17 de junio de 2014.

El Código de Trabajo, en sus artículos 188 y siguientes regula esta institución bajo el capítulo de las autoridades de trabajo. El artículo 190 realiza una definición de la inspección del trabajo que se pudiera denominar funcional al establecer que tal institución controla el cumplimiento de la legislación de trabajo, de seguridad social y dispone o aplica las medidas legalmente establecidas. Tal descripción deja entrever como la inspección del trabajo en Cuba deriva de la potestad inspectora de la Administración Pública y de la potestad sancionadora en tanto no solo controla el cumplimiento de la legislación laboral, sino que también, en correspondencia con lo establecido, dispone y aplica directamente medidas para que se cumplan las disposiciones laborales y de seguridad social vulneradas.

El articulado del Código determina también las autoridades con facultad para inspeccionar y el ámbito de fiscalización. Así, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) controlará lo relativo a la legislación de trabajo y seguridad social; el Ministerio de Salud Pública (MINSAP) las cuestiones de medicina e higiene del trabajo; el Ministerio del Interior (MININT) lo concerniente a la protección contra incendios, explosivos y sustancias peligrosas. Por su parte, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) dirige su fiscalización a las cuestiones relacionadas con las sustancias biológicas, radiológicas y al medio ambiente y el resto de los Organismos de la Administración Central del Estado (OACE), entidades nacionales y los Consejos de Administración también podrán crear sus sistemas de inspección y llevar a cabo dicha función.

Y de aquí deriva otro reto al que se enfrenta la inspección del trabajo: la atomización de la actividad de inspección en varias normas jurídicas y que dependen de la competencia de los OACE²³ que rigen la actividad de inspección. Además, los sindicatos complementan dicha actividad en tanto tienen

²³ Cfr. Artículo 191 de la Ley No. 116 Código de Trabajo de 20 de diciembre de 2013 en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 29 de 17 de junio de 2014.

reconocida la facultad para inspeccionar en relación con la seguridad y salud en el trabajo²⁴. El Decreto 116 dispone los particulares sobre dicha inspección sindical y alude a los requisitos para ser inspector, así como los de la inspección técnica profesional y de las comisiones de protección e higiene del trabajo.

Atinadamente continúa el Código refiriendo que la Oficina Nacional de Inspección del Trabajo es quien ejecuta dicha función, así como sus filiales en los territorios.

En cuanto a los sujetos inspeccionados son todos los empleadores radicados en el territorio nacional, y otros que la ley determine. En este sentido existe una interrogante que parte de la idea de los trabajadores por cuenta propia titulares de licencia; que en buena lid comparten el doble estatuto de empleador-trabajador ¿Son sujetos de inspección? Sí, de acuerdo al artículo 9 inciso b) del CT.

El CT concluye en su artículo 193 refiriendo que los resultados de la inspección deben ser informados al empleador, a la organización sindical correspondiente y a los trabajadores. Dicho informe podrá ser utilizado como prueba documental en cualquier procedimiento.

Por su parte el Decreto 326 Reglamento del CT, en sus artículos 222 y siguientes regula que se considera como infracciones cometidas por el empleador. A estos efectos lo son la inobservancia o el incumplimiento de las normas jurídicas o acuerdos de los órganos superiores del Estado y el Gobierno y de las disposiciones o decisiones sobre trabajo y seguridad social emitidas por los órganos competentes y las autoridades facultadas.

El artículo 223 establece como regla que la acción para exigir responsabilidad prescribe cuando la infracción y sus efectos están eliminados al momento de la inspección. Igualmente, deja

²⁴ Vid. Decreto No. 116 Reglamento para la inspección sindical de protección e higiene del trabajo en *Gaceta Oficial Ordinaria* No. 54 de 20 de julio de 1983.

ver una contradicción. Dispone el segundo párrafo que cuando de los hechos considerados como infracciones puede derivarse la exigencia de responsabilidad penal, el inspector lo informa a la autoridad que ordenó la realización de la inspección, a los fines de formular la denuncia ante la autoridad correspondiente. De este enunciado puede interpretarse que solamente podrán solicitar la inspección autoridades, sin especificar ningún otro particular. No deja abierta la posibilidad de que la organización sindical o el propio trabajador puedan requerir la inspección. Por otro lado, implica que el inspector informe a la autoridad que ordenó la inspección para que denuncie ¿cuál es esa autoridad? Esto lo aclara el artículo 235 del propio cuerpo legal al explicar que la denuncia a las autoridades penales se presenta por escrito fundamentado del Director General de la Oficina Nacional de Inspección del Trabajo o los directores de las filiales territoriales según corresponda.

A continuación, el Reglamento establece por materia las infracciones en las que puede incurrir el empleador: infracciones de los derechos fundamentales en el empleo y la contratación; en la protección a la trabajadora; en el régimen de trabajo y descanso; en el salario; en la seguridad y salud en el trabajo; y en la seguridad social. Así como un artículo 230, artículo sacó, que, en buena lid, es el que establece las infracciones en materia de cumplimiento de la legislación laboral y de seguridad social.

Así mismo, el artículo 231 establece que la autoridad que inspecciona podrá aplicar directamente tres tipos de medidas:

a- Obligación de hacer: con un apercibimiento por escrito al infractor para que cesen las causas y los efectos de la infracción.

b- Clausura, paralización inmediata de equipos, maquinarias, cierre de locales, etc.

c- Multa a personas jurídicas y naturales, cubanas y extranjeras del sector no estatal.

Sin embargo, la autoridad inspectora debe solicitar la aplicación de otras medidas ante la comisión de infracciones.

a- Medidas en el orden administrativo o disciplinario en correspondencia con la gravedad de los hechos.

b- La suspensión temporal o definitiva de licencias y permisos otorgados al empleador.

c- El inicio de un proceso penal a los presuntos responsables de accidentes mortales, a las autoridades facultadas.

Y en este último inciso pudiera valorarse que no sea solo ante la ocurrencia de accidentes mortales, sino ante otras conductas, nacidas en el ámbito de las relaciones laborales y que el Código Penal proteja bajo bienes jurídicos diferentes o que sencillamente, la política penal así lo decida. *V. gratia*. asuntos relativos al trabajo de los menores, acoso laboral, falsificación de documentos relativos a las relaciones laborales, discriminación, trabajo forzoso, etc.

El Reglamento deja entrever en los artículos 223 y ss. algunos particulares. En primer lugar, la existencia de un acta de inspección donde se esclarecerá la disposición infringida, la medida que se aplica, el término de su cumplimiento, el carácter recurrible, la autoridad para conocer y resolver el recurso y el término para ello.

Frente a los resultados de la inspección, el empleador controlado puede interponer un recurso de apelación a la instancia a la cual se subordine el inspector que realizó el control; lo cual no interrumpe el cumplimiento de la medida. En un término de 10 días hábiles, la autoridad facultada debe resolver el recurso mediante Resolución contra la cual no cabe recurso alguno. En este sentido, sería interesante valorar qué sucede cuando es el trabajador quien se encuentra inconforme con el resultado de la inspección. ¿No se verá acaso disminuida su protección que, en definitiva, es a lo que propende la inspección del trabajo?

En consecuencia, esta regulación es aún insuficiente. Se extraña del texto de la misma, disposiciones relativas al cuerpo de inspectores por ejemplo o el procedimiento específico para llevar a cabo la inspección. Así mismo lo relativo a las formas de requerir la inspección, ni los sujetos que pueden solicitarla. Sin

dudas retos normativos a los cuales se enfrenta la inspección del trabajo en Cuba.

El Decreto 100 por su parte, regula los particulares de todas las inspecciones estatales. Un ejemplo, es que salva el vacío relativo a los inspectores. El Capítulo II de dicho cuerpo legal establece los sujetos que pueden efectuar las inspecciones estatales y los define: inspectores profesionales, eventuales y populares.

Así mismo establece los requisitos formales para ser inspector:

- a. mantener una conducta política y moral dentro de los principios y objetivos de nuestro Estado Socialista;
- b. ser graduado de nivel medio superior como mínimo, y poseer, además, los conocimientos específicos que se requieren en cuanto a la actividad inspeccionar;
- c. los demás requisitos específicos que exija el mismo o la dependencia administrativa del órgano correspondiente, los cuales determinarán también las condiciones adicionales que se exigirán a los inspectores principales o jefes de grupo.

Igualmente, quedan establecidos los deberes y facultades de los inspectores en sus ámbitos de actuación.

Nuevos retos se vislumbran. El ordenamiento jurídico actual no establece como ámbito de inspección a los establecimientos industriales -según el Convenio 81 ratificado-, y trata de saldar esta deuda supeditando la inspección a lo que la ley de trabajo identifica como empleadores²⁵. Así, tanto en las formas organizativas de la inversión extranjera, que se rigen por la legislación laboral vigente²⁶, como en las cooperativas y otro tipo de asociaciones como las organizaciones no gubernamentales (ONGs), se hace difícil la implementación de la inspección del trabajo en

²⁵ Cfr. Artículo 192 del vigente CT.

²⁶ Cfr. Artículo 2 de la Resolución No. 16 de 14 de abril de 2014 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sobre el régimen laboral en la inversión extranjera en *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 20 de 16 de abril de 2014.

tanto el procedimiento efectuado es aún, «deficiente». Lo cierto es que la inspección del trabajo debe estar presente donde quiera que existan relaciones jurídicas laborales, sin distinción entre lo público y lo privado.

Siendo que la inspección del trabajo en Cuba tiene como fin el de controlar el cumplimiento de la legislación laboral y de seguridad social²⁷; su articulación jurídica se convierte en un reto pues olvida el ámbito de actuación que se circunscribe a las relaciones laborales. En otro sentido, la inspección laboral no tiene alcance en las relaciones jurídicas de los llamados cuadros y funcionarios; sino solo en relación con las relaciones laborales establecidas.

También otro reto que deriva de la regulación actual es la identificación de las infracciones cometidas por el empleador. El CT dispone -por materias- los elementos sobre los cuales incidirá la inspección²⁸. Ello hace necesario un análisis, precisamente porque se desborda de materias que no le corresponden. Igualmente, añade al articulado un «artículo saco» que en buena lid es el que define el ámbito de actuación de la inspección²⁹.

A la par, la realidad laboral cubana muestra nuevos derroteros para la inspección del trabajo. Al ser una de las principales consecuencias del redimensionamiento de las relaciones laborales, la aparición de nuevos empleadores como sujetos del Derecho del Trabajo y, hasta este instante la inspección del trabajo erigirse sobre un andamiaje del Estado para controlarse a sí mismo como empleador, este nuevo contexto conspira contra su correcta ejecución en los establecimientos del sector privado.

A ello se suma la realidad económica que vive el país que incide en los bajos salarios en el sector público y en el traslado hacia el sector privado de trabajadores que a cambio de

²⁷ Cfr. Artículo 190 del CT.

²⁸ Cfr. Arts. 224 y ss. del Decreto No. 326 Reglamento del Código de Trabajo.

²⁹ Cfr. Art. 230, incisos a) y b) del Decreto No. 326 Reglamento del Código de Trabajo.

una mejor remuneración permiten la violación de sus derechos laborales.

Sin embargo, los controles en los establecimientos del sector privado se limitan a la inspección sanitaria, a constatar la existencia de un contrato laboral o de la licencia para el ejercicio del trabajo por cuenta propia, pero en muy pocas ocasiones se realizan para verificar, por ejemplo, lo relativo al cumplimiento de la jornada de trabajo de 8 horas. De esta forma, los trabajadores subordinados del sector privado requieren del buen funcionamiento de la inspección para consagrar el respeto hacia sus derechos laborales.

Por su parte, en el sector estatal, donde se supone están bien definidos los elementos de la inspección, no son tampoco eficientes los controles. Se encuentran vinculados a las inspecciones estatales generales negando su independencia y autonomía. Así, se limita el control, básicamente, a la investigación de los sucesos acaecidos que provocaron un accidente de trabajo.

A todo esto, se suman las deficiencias normativas. Si bien está ordenada, aún carece de sistematización, comenzando por el hecho de que no posee un cuerpo orgánico especial, sino que confluye su regulación, más estructurada y condensada, entre el vigente CT y su Reglamento con las «especificidades» de los Decretos No. 100 y 116 que fueron promulgados en realidades desfasadas. Se observa así la incorrecta percepción de la inspección del trabajo lo que hace que corra igual suerte su ordenación jurídica y causa que deje de cumplir sus funciones tuitiva, preventiva y de control, convirtiéndose en un mecanismo de represión.

Lo cierto es que la inspección del trabajo vislumbra nuevos desafíos a partir de las deficiencias e insuficiencias que muestra la falta de sistematización y coherencia del ordenamiento jurídico laboral ante las nuevas realidades. Sin embargo, es dable reconocer la participación de Cuba como miembro de la OIT, donde desde su fundación ratificó el Convenio 81 y

en su ordenamiento jurídico laboral se muestra claramente la intención del Estado por el reconocimiento de los derechos y garantías a los trabajadores. Sobre todo, la inspección del trabajo como mecanismo de control es un elemento trascendental del ordenamiento laboral cubano.

Referencias

- Abramovich, V. y Courtis, Ch. (s.f). Futuros posibles. El Derecho Laboral en la encrucijada. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.
- Alonso Olea, M. (1981). *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona/Caracas/México: Editorial Ariel.
- Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M. E. (1995) *Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid.
- Blasco Pellicer, Á. y García Rubio, Ma. A. (2001). *Curso de Derecho Administrativo Laboral*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Bermejo Vera, J. (1998). La administración inspectora. *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 147 (septiembre-diciembre).
- Cano Campo, Tomás. (2013). La presunción de validez de las actas de inspección. *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid, España: INAP.
- Casale, G. y Fasani, M. (2013). Nuevos desafíos para la administración e inspección del trabajo en el contexto de la reciente crisis económica. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. No. 17 (julio-diciembre).
- De Aguinaga Tellería, A. (1952). *Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Gráficas González.
- De Buen, N. (1984). *Derecho del Trabajo*. México: Editorial Porrúa S. A.
- Diéguez, G. (1995). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- García Costa, Francisco Manuel. (2011). *Revista Documentación Administrativa*. Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública 289 (enero-abril).

- Grisola, Julio. (1999) *Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Editorial Depalma.
- Hernainz Márquez, M. (1951). *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.
- Matilla Correa, Andry. (2017). Cinco principios jurídico-administrativos en clave teórica de buena administración: eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad. Andry Matilla Correa, (Coord.) *Tendencias Actuales del Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Dr. Héctor J. Garcini Guerra*. La Habana, Cuba: UNIJURIS.
- Míguez Macho, Luis. (2011). El principio de objetividad en el procedimiento administrativo. *Revista Documentación Administrativa*. 289 (enero-abril). Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública, 119 y ss.
- Leal Vásquez, Brigitte. (2015). Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora. *Revista de Derecho Público*. 83 (2).
- OIT. (2011). *Estudio sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la inspección del trabajo: el caso de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana*, Ginebra, disponible en www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2011/154818_span.pdf, consultado el 27 de noviembre de 2017.
- OIT. (2010). *La inspección del trabajo en Europa: trabajo no declarado, migración y tráfico de personas*, Ginebra, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/publication/wcms_144915.pdf, consultado el 30 de marzo de 2017.
- OIT. (2009). *Programa sobre Administración e Inspección del Trabajo. Administración del Trabajo: Asegurar la gobernanza a través de la aplicación de la ley en América Latina. El papel central de la inspección del trabajo*, Ginebra, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@lab_admin/documents/publication/wcms_116047.pdf, consultado el 30 de marzo de 2017.
- Pig, P. (1922). *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*. París, Francia: Arthur Rousseau Éditeur.
- Rivero, Jean. (1990). *Droit Administratif*. París, Francia: Jurisprudence Générale Dalloz.

- Sánchez Ramírez, Amed y Antúnez Sánchez, Alcides. (2018). El régimen jurídico de la inspección administrativa y los derechos sociales en Cuba. Apuntes para una reforma. *Revista Jurídica Direito& Paz, Direito& Paz. X (38)*.
- Stiftung, Konrad Adenauer. (2003). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, Jürgen Schwabe, comp. de sentencias, Marcela Anzola-Gil, trad., Konrad Adenauer Stiftung, México.
- Vázquez Vialard, Antonio. (1999). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Viamontes Guilbeaux, Eulalia. (2007). *Derecho Laboral Cubano. Teoría y Legislación*. La Habana, Cuba: Félix Varela.

COMENTARIO A LEGISLACIÓN



Gaza

¿Oíste?

Silbidos agudos

Me aturden

¡Se sienten tan cerca!

¿Tenés miedo? Te pido perdón

No hay tiempo y debo ocultarte

El firmamento nocturno

Escupe enemigos

¡Si tuviera alas!

Hija mía te llevaría lejos.

O saltaría de un paso,

Como si fuera una gota

El inabarcable mar.

Por ti lo haría,

Para dejarte donde solo parezca

Que el cielo muestra

Una estrella fugaz.

Autor: *Florencia Ronco*

Arte de la portada: Eleonora Burry

¿Corresponde daño extrapatrimonial por problemática de género?

Does non-material damage correspond in the case of gender problems?

O dano não pecuniário corresponde a problemas de gênero?

Les dommages non matériels sont-ils applicables à des problèmes de genre?

Juan Cruz López Guillermon¹ | Universidad
de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 343-356

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e279>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6436-3351>

Recibido: 03/05/2019

Aprobado: 03/06/2019

Resumen: En el presente trabajo pretendo analizar si corresponde, en el ámbito de las relaciones de consumo, -usando como práctica comercial ejemplificativa- en la práctica abusiva conocida como *Pink Tax*, si aquella persona damnificada -en lo que asevero es a causa de la problemática de género-, puede exigir la reparación del daño dentro de la órbita del *Daño extrapatrimonial*. En otras palabras, el objetivo de este trabajo es analizar si es posible exigir una reparación, en calidad de daño extrapatrimonial, a causa de un daño producto de la problemática de Género.

Para ello indagaré en las distintas concepciones de daño, en el significado y perjuicios producidos por la antes dicha problemática, y si estas repercusiones disvaliosas están incluidas dentro de la órbita de la primera.

¹ Estudiante de abogacía en la Facultad de Derecho, UBA. Ayudante de “Obligaciones Civiles y Comerciales”, desde 2015, en la cátedra Wierzba-Boragina. Miembro del Proyecto de interés institucional (PII-UBA 2017-2018) “El Género como Categoría Analítica en el Derecho del Consumidor”. Miembro del Proyecto DeCyT de la Facultad de Derecho, UBA, 2016-2018 “La problemática de los consumidores hipervulnerables en el Derecho del Consumidor argentino.

Palabras claves: Daño - Reparación - Género - Daño extrapatrimonial.

Abstract: In this work, the author tries to analyze if it corresponds, in the relations with the consumers, to demand the repair of the non-material damage in problems of genre. He uses as an example the commercial practice known as "Pink Tax". In other words, the purpose of the article is to analyze whether it is possible to demand compensation for non-material damage due to damage caused by the gender issue. For this purpose, the author will examine the different designs of damage, and the damage produced by the problem exposed, and if these negative repercussions are included in the orbit of the first.

Keywords: Damage - Reparation - Gender - Non - material damage.

Resumo: No presente trabalho pretendo analisar se corresponde, no campo das relações de consumo, - usando como prática comercial exemplar - na prática abusiva conhecida como Pink Tax, se essa pessoa lesada - no que afirmo é por causa do problema de gênero-, pode exigir o reparo do dano dentro da órbita do dano extra-patrimonial. Em outras palavras, o objetivo deste artigo é analisar se é possível exigir uma reparação, como dano extra-patrimonial, devido a um dano produto da questão de gênero. Para isso, investigarei as diferentes concepções de dano, no significado e danos produzidos pela mencionada problemática, e se essas repercussões desvaliosas estão incluídas na órbita da primeira.

Palavras-chave: Danos - Reparação - Gênero - Danos extra-patrimonial

Résumé: Dans ce travail, l'auteur prétend analyser s'il correspond, dans les relations avec les consommateurs, exiger la réparation du dommage extrapatrimonial dans des problématiques de genre. Il utilise comme exemple la pratique commerciale connue comme « Pink Tax ». En d'autres termes, l'objectif de l'article est d'analyser s'il est possible d'exiger des réparations pour dommages non matériels, en raison de dommages causés par le problème homme-femmes. Pour cela, l'auteur examinera les différentes conceptions de dommages, et les dommages produits par le problème exposé, et si ces répercussions négatives sont incluses dans l'orbite du premier.

Mot-clés: Dommages-réparation-genre-Dommages non matérielles

I. Introducción

En el contexto de la sociedad actual, donde la problemática de género ha asumido mayor relevancia en el entramado social, gracias a las distintas olas del feminismo y a su misma corriente –unificable en virtud de una mayor simplificación, pero con grandes diferencias ideológicas– y en donde, el sector empresarial tiene gran interés en introducirse en el pueblo argentino en virtud de la siempre inestable micro y macroeconomía nacional. Aquí es donde las empresas, siempre dispuestas a llevar a cabo un gran repertorio de prácticas comerciales que poseen a su disposición, entran en acción. Algunas de estas prácticas –como es de relevancia para este trabajo– como la reconocida práctica abusiva “*Pink Tax*” o *Impuesto Rosa*, son generadoras de perjuicios, tanto patrimoniales o extrapatrimoniales. Siguiendo esta línea argumental, y a su vez la propia en el Derecho de Daños, toda lesión a un interés lícito y propio, debe ser reparado según el principio de reparación integral.

II. Definición de Daño

Estimo necesario definir la noción de daño –tarea no menor ya que, todavía hoy en día, gran parte de la doctrina discute acerca de cual es la concepción que predomina en el “nuevo” Código Civil y Comercial de la nación–, sin intervenir en profundidad en las críticas a cada postura o en los matices que hacen sus pequeñas diferencias.

II.A. *Distintas concepciones*

II.A.1. *Daño como violación a un derecho subjetivo*

Habrà daño cuando se lesione un derecho subjetivo del damnificado. Aquí se trata sobre el conjunto de facultades que posee el individuo y que puede ejercer para hacer efectivas las potestades jurídicas que el derecho le otorga. Así, siempre que exista un derecho subjetivo, el titular tendrá un interés legítimo en ejercer el primero.

En relación con la clasificación bipartita pertinente, la lesión a un derecho extrapatrimonial debería generar un daño de la misma naturaleza, con igual accionar en lo que respecta a un derecho patrimonial.

II.A.2. Daño como lesión a interés jurídico

Postura a la cual adhiero y entiendo abrazada por el Código Civil y Comercial. Esta noción de daño lo comprende como la lesión a un interés jurídico, patrimonial o extrapatrimonial, con susceptibilidad de ser reparado (Boragina, Juan C. & Meza, Jorge A., 2017, p. 148). Aquí el interés es la relación existente entre el sujeto que experimenta una necesidad y el bien apto para satisfacerla, encontrando la distinción entre daño patrimonial o extrapatrimonial no en el carácter del derecho agraviado, sino en la índole del interés que actúa como presupuesto de ese derecho (Pizarro. R. D., 2017, p.154).

II.A.3. Daño definido por sus consecuencias, repercusiones o resultados

Esta última postura identifica el concepto de daño como la consecuencia o repercusión perjudicial derivada de la lesión a un derecho o interés. Entre la lesión y el menoscabo existe una relación causa a efecto (Pizarro. R. D., y Vallespinos C. G., 1999, p. 640). De este modo, para determinar la naturaleza del daño deberemos analizar las repercusiones disvaliosas en el agraviado, sobre las esferas patrimonial o extrapatrimonial.

III. Daño extrapatrimonial

Siguiendo los lineamientos de la doctrina a la cual adhiero, deberemos entender por interés extrapatrimonial a aquel que posee una conexión con el espíritu de la persona, de manera que el menoscabo a este genera un modo de estar diferente al que se encontraba con anterioridad al hecho lesivo. Consecuentemente, se afecta la capacidad de entender, querer y sentir (Calvo Costa C. A., 2010, p.163).

IV. Género y su correlato con las prácticas comerciales.

Evidenciando una gran notoriedad en la actualidad nacional, gracias a distintas manifestaciones sociales entre muchos otros factores, la problemática de género ha cobrado mayor relevancia en la agenda nacional. No obstante, y a pesar de ser un corriente con largos años de desarrollo teórico y práctico en distintos países, sigue suscitando inconvenientes la falta de comprensión y distinción sobre su concepto y objeto de trabajo. Por esa razón, entiendo pertinente hacer una aclaración en donde distinga los conceptos de Sexo y Género.

Respecto del primero, estamos haciendo referencia a:

[...] la clasificación de los individuos como masculinos o femeninos a partir de características biológicas y fisiológicas. No necesariamente esta caracterización es binaria, un individuo puede presentar particularidades genéticas y fenotípicas propias de varón y de mujer, en grado variable. (Chequeado y Economía Femeni(s)ta, 2017, p. 9)

En tanto, al hablar sobre Género, nos estamos pronunciando acerca de una problemática puntual, pero con numerosas ramificaciones. Es de mi entender que cada sociedad, con su respectiva cultura, partiendo como base de la anatomía de mujeres y de hombres, con sus funciones reproductivas evidentemente distintas,

[...] establece un conjunto de prácticas, ideas, discursos y representaciones sociales que atribuyen características específicas a mujeres y a hombres. Esta construcción simbólica que en las ciencias sociales se denomina *Género*, reglamenta y condiciona la conducta objetiva y subjetiva de las personas. O sea, mediante el proceso de constitución del género, la sociedad fabrica las ideas de lo que deben ser los hombres y las mujeres, de lo que se supone es “propio” de cada sexo. (LAMAS M., 1996, p. 2)

Contrastando ambos conceptos, podremos ver que Sexo hace alusión a lo biológico en tanto que Género busca hacer

referencia a las construcciones sociales que son construidas y atribuidas por la sociedad. Comprendiendo la estructura sexo-género, es tanto una construcción sociocultural donde se produce una estructura de representación que asigna significado (identidad, valor, prestigio, ubicación en la jerarquía social, etc.) a los “individuos en la sociedad” (Lauretis, T., 2000, p. 43). En este orden de ideas, propongo la utilización de una perspectiva de género. Esta implica distinguir entre la diferencia sexual y las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia a esa misma diferencia sexual. Estas imposiciones ayudan² (Catharine Mackinnon, 2014, p. 24) o sostienen la jerarquización de los sexos, generándose así un espacio provechoso para la desigualdad.

Como me he expresado con anterioridad, esta problemática posee numerosas ramificaciones que solo pueden observarse utilizando la perspectiva antes nombrada. En consecuencia, podremos exponer la adversidad a que esta sometida la sociedad -y como principal víctima el grupo femenino-, no obstante, no podremos hacer una lista cerrada de derechos vulnerados ya que estos variarían, casi en su totalidad, según la situación en concreto. En otros términos, seremos capaces de exponer que la asignación de roles, funciones e identidades, con base en construcciones sociales- con variación en el tiempo y con un significado social y cultural propio- afecta a hombres y mujeres en tanto miembros de una sociedad inmersa en esta problemática, generando un espacio provechoso para el surgimiento de la desigualdad, sin perjuicio de que además podrán hallarse vulnerados otros derechos según la circunstancia.

² La escritora y académica Catharine Mackinnon sostiene que “las diferencias que atribuimos al sexo son líneas que traza la desigualdad, no una base para ella... Las distinciones de cuerpo o mente o conducta son señaladas como una causa en lugar de un efecto, sin entender que son tan profundamente efecto antes que causa que el solo hecho de señalarlas ya es un efecto.” Mackinnon, C., “Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho”, primera edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, p. 24.

V. La intersección entre ambas

En relación con el tema antes mencionado y con el Derecho del Consumidor, podemos mencionar una practica abusiva, con reconocimiento normativo en el exterior³ (The New York City Department of Consumer Affairs [DCA], 2015) y con reconocimiento de hecho, no de derecho en nuestro país, denominada Pink Tax o Impuesto Rosa. Sostengo tal afirmación ya que, a diferencia de otros países, en nuestro país no hay un reconocimiento jurídico por parte del Estado. No obstante, en el XVII Congreso Argentino del Derecho del Consumidor y I encuentro nacional de profesores de Derecho del Consumidor, llevado a cabo el 3 y 4 de noviembre del 2017, con sede en Mar del Plata, en las consideraciones finales de dicha jornada de derecho se reconoció: “Constituye un supuesto de prácticas abusivas el trato discriminatorio. En ese sentido, resulta recomendable visibilizar como supuestos de trato de discriminatorio las diferencias de precios basadas en cuestiones de género.”

Al hablar de ella hacemos mención de:

[...] una práctica comercial abusiva donde el producto destinado al género femenino posee un pequeño sobreprecio en comparación con el producto, de similares o idénticas características, destinado al género masculino. [...] ocurre en productos que poseen una versión masculina y femenina con iguales características pero que, en pos de diferenciar las distintas opciones, cambian su color o nombre según el sexo (rosa para mujeres y azul para hombres). Sin embargo, existen otras manifestaciones como aquellos casos donde hay una mínima modificación del producto, y ésta, desde la argumentación del proveedor, llevaría a la suba y diferenciación del precio. (López Guillermón J. C., 2019, p. 128)

³ Para mayor profundidad leer el informe completo y ver López Guillermón J. C., Un primer acercamiento al Pink Tax y su estudio a través del derecho del consumidor argentino, p. 124, en Género y derecho del consumidor, Barocelli S. (dir.), Faliero J. (Coord.), Buenos Aires, Ediciones Aldina, 2019.

Entendida como una práctica abusiva, vulneradora de los derechos a un trato digno y a un trato equitativo, mediante un acto discriminatorio, en razón del sexo de los consumidores, brinda un precio diferenciado sobre un mismo producto, pero con versiones masculinas y femeninas. Por intermedio de esta vulneración al derecho a la igualdad –en el cual sostengo que intermedian estereotipos como medio en el que se imponen roles de género– es donde se ve flagelada la dignidad del consumidor. Comprendo que este accionar por parte de la empresa busca aprovecharse del significado social –como construcción social– de “cómo debe ser una mujer” –resultado de variantes históricas, sociales y culturales– (Ortiz D. O. y Pacevicius I. V., 2019, p. 158). En otros términos, nos lleva a pensar que por medio de este accionar –diferenciación de precios, favoreciendo al grupo masculino y perjudicando al grupo femenino– se busca promover y sacar provecho del significado social de lo que debe ser una mujer, para con eso poder reducirlas a una simple herramienta productora de ganancias.

Es a través de este trato discriminatorio, en razón del sexo, con fundamento en el Género (dentro de los términos mencionados a lo largo de la obra) donde se lesiona el derecho a la igualdad y dignidad de las personas, y en este ámbito y caso particular, como consumidor.

Al igual que la dignidad –que mencionare posteriormente–, la igualdad es un principio rector en relaciones jurídicas gracias a su respaldo en nuestra Constitución Nacional y tratados con igual jerarquía –omitiedo la mención a cuerpos normativos infraconstitucionales como el CCyC y La ley de defensa del Consumidor (LDC)–. Esto nos lleva a establecer ciertos derechos y deberes, variando según la concepción que tengamos como base. Respecto del principio objeto de este párrafo, aquella es entendida como “**no sometimiento**” (Nuñez S. R. y Diaz R., 2017, p.173), incluida en el artículo 75, inc.23 de la Constitución Nacional, donde se persigue el desmantelamiento de situaciones de desigualdad estructural (Saba, R. P., “Igualdad de trato entre particulares”, 2011, pp. 231-232).

¿Corresponde daño extrapatrimonial... | Juan Cruz López Guillermón

Si nos remitimos al artículo 1098 del Código Civil y Comercial, encontramos una manifestación de lo dicho con anterioridad. Al exigir que “los proveedores deben dar a los consumidores un **trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad [...]**” (lo destacado es propio).

Aquí, también en consonancia con la manifestación del principio de dignidad, se establecen deberes de comportamiento exigibles al proveedor como así también prohibiciones a ciertas conductas (Frustagli S. A.y Hernández C. A., p. 606).

En el artículo antes mencionado se evidencia la intención del cuerpo normativo de buscar la

[...] preservación de la igualdad al interior de las relaciones de consumo; sin embargo, cabe puntualizar que *el trato igualitario tiene una doble proyección;* por un lado, **extrapatrimonial, en cuanto el respeto a la igualdad reconduce a la dignidad individual del consumidor,** pero también de índole patrimonial, en cuanto el trato equitativo involucra la idea de razonabilidad y proporcionalidad en el contenido negocial [...] (lo destacado es propio) (Frustagli S. A.y Hernández C. A., 2017, p. 612)

Como he mencionado, el acto que atenta contra la igualdad, en unión con el significado oculto pero concerniente a dicha práctica discriminatoria, genera una grave lesión a la dignidad del consumidor. Asevero esto debido a que comprendo que dignidad

es el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir, como ser humano, y con todos los atributos de su humanidad, que sería como el derecho que tiene todo hombre a ser considerado un fin en sí mismo, y no un medio o instrumento de otros hombres. (Ekmekdjian, M. A.,2000, p. 482)

En busca de garantizar el respeto a ese principio, y con respaldo en a distintas normas, con y sin jerarquía constitucional⁴, nuestro derecho busca la protección de la dignidad humana. Podemos verlo en el artículo 1097 del CCyC

Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. **La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos.** Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

La dignidad es un atributo inherente a la condición de “ser humano” (Rusconi, 2015, p.107.) y, en concordancia con los demás instrumentos de derechos humanos, recuerdo el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos donde se asevera y explica que “**todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]**”.

Por el contenido de los párrafos precedentemente expuestos, identifico el derecho de aquella persona damnificada, ha obtener una reparación del daño sufrido. De esto mismo trata la responsabilidad civil, de llevar a cabo la “ficción jurídica”⁵, siempre que se verifiquen los elementos para que el daño sea resarcible. Sin ánimo de parecer repetitivo, al comenzar este trabajo he expuesto las distintas posturas sobre que debe entenderse por daño y manifesté mi adhesión a aquella que lo comprende como la lesión a un interés jurídicamente protegido. Es así, que para decir que sea ha menoscabado un

⁴ Con jerarquía constitucional: Art. XXXIII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, art. 1y 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica, entre tantos. Sin jerarquía constitucional podemos mencionar a modo ejemplificativo, el Código civil y comer y la Ley De Defensa del Consumidor.

⁵ Cuando hacemos referencia a “Ficción Jurídica” buscamos hablar de uno de los objetivos de la responsabilidad civil, el cual es llevar a la víctima a una situación equivalente (con la mayor precisión posible) con el estado anterior a que se produzca el daño padecido.

interés, el damnificado debe exhibir que aquella posibilidad de satisfacer sus necesidades mediante un bien -objeto apto de satisfacción y que puede colmar alguna necesidad- (Calvo Costa, 2010, p.164) ha sido blanco de agravio. En corolario con la concepción brindada de daño y, en particular, de daño extrapatrimonial, es de mi entender que dicha practica abusiva vulnera en particular el derecho a la igualdad y a la dignidad en donde los intereses menoscabados o lesionados son: aquel a no ser discriminado y a ser considerado un fin en sí mismo, ambos propios de toda persona, y de índole extrapatrimonial.

Como se ha señalado, el menoscabo afecta la satisfacción de bienes jurídicos sobre los cuales la persona ejercía una facultad. Por consiguiente, con la lesión a los derechos de igualdad y dignidad, aquella victima de no puede ejercer plenamente sus intereses. No hay posibilidad de que pueda ver satisfecha sus necesidades mediante un bien.

En efecto, aquellos intereses agraviados del damnificado poseían una conexión con su espíritu, generándole un modo de estar diferente al que se encontraba con anterioridad al hecho lesivo. Esta práctica sí afecto su capacidad de sentir, ya que se han visto denigrados al no ser tratados con los atributos inherentes a la condición de ser humano. Debieron soportar no ser tratados con dignidad e igualdad.

Como no serlo, si el fundamento que le da sentido y vida a esa clase de accionar es un generador de desigualdad. En todo momento en que una conducta o practica encuentre su razón de ser en la problemática de género, estaremos en presencia de una vulneración de derechos, y me atrevo a sostener esto debido a que el Género tiene como principal efecto esto. Es una lógica que se beneficia de la creación de sus construcciones sociales -asignando roles, funciones e identidades- en donde y a causa de esto, se genera un sistema de desigualdad para beneficiar a unos sobre otros.

VI. Conclusión

En la presente obra he analizado, utilizando una practica abusiva en concreto, si aquella persona damnificada, a causa de la problemática de género, podría exigir la reparación del daño sufrido en virtud de esta, en calidad de daño extrapatrimonial.

Para poder llevar a cabo mi objetivo he distinguido las distintas concepciones de daño, tomando partido por aquella que lo entiende como la lesión a un interés jurídicamente protegido. También he conceptualizado que es la problemática de género y sus consecuencias dañinas para la sociedad, entendiendo que su principal efecto es la generación de desigualdades (basadas en construcciones sociales).

Un paso más adelante decidí unir los campos del Derecho del Consumidor y la problemática antes dicha, en la practica abusiva que elegí usar a modo ejemplificativo en este trabajo. Por los fundamentos brindados, comprendo que vulnera el derecho a la igualdad y dignidad, valores propios del ser humano. A su vez, es de mi comprensión que se lleva a cabo este accionar porque su lógica interna esta basada en la problemática antes mencionada. Toda practica comercial, con base en el Género, tendrá un accionar vulnerador de derechos, debido a que esta tiene como principal efecto esta consecuencia.

Por último, y relacionando cada tema dado, he llegado a la conclusión de que en virtud de los intereses lesionados y la concepción destacada para referimos tanto a daño como a su especie -objeto de este trabajo-, se encuentra habilitada la posibilidad de que una posible victima de esta practica pueda reclamar su reparación integral dentro de la órbita del daño extrapatrimonial. En otros términos, como los daños resultantes de esta práctica abusiva son y provienen de la causa de que ella posee la lógica de la problemática de género como razón de ser, las consecuencias provenientes de este tipo de prácticas integraran -siempre que se cumplan los requisitos establecidos para que el daño sea susceptible de resarcimiento- el concepto de daño y daño extrapatrimonial.

Bibliografía

- Barocelli S., (2019), *Teorías, perspectiva e identidades de género y la protección de los consumidores. Hacia un dialogo necesario.*, en Género y derecho del consumidor, Barocelli S. (dir.), Faliero J. (Coord.), Buenos Aires, Ediciones Aldina.
- Boragina, Juan C. & Meza, Jorge A., (2017), “El daño extrapatrimonial en el nuevo Código Civil y Comercial”, en Wierzba, Sandra M. & Boragina, Juan C. & Meza, Jorge A., “*Derecho de Daños*”; 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.
- Calvo Costa C. A., (2010), “*Derecho de las obligaciones; Derecho de daños*”, vol.2, Buenos Aires, Hammurabi.
- Ekmekdjian, M. A., (2000), Tratado de Derecho Constitucional, T. 1., Buenos Aires, Depalma.
- Ortiz D. O. y Pacevicius I. V., (2019), *Violencia de género en la publicidad*, en Género y derecho del consumidor, Barocelli S. (dir.), Faliero J. (Coord.), Buenos Aires, Ediciones Aldina.
- Frustagli S. A. y Hernández C. A., (2017), Prácticas comerciales abusivas, en Frustagli S. A. y Stiglitz G., Tratado de Derecho del Consumidor, T. I., Buenos Aires, LL.
- Lamas M., (1996) La perspectiva de género, obtenido mediante el curso *online* “Género y Datos – Chequeado y Economía Femini(s)ta”, La Tarea Revista de Educación y Cultura de la Sección, número 8, México.
- Lauretis, (2000), “*Teresa de, Diferencias. Etapas de un camino a través del feminismo*”, Madrid, Horas y Horas.
- López Guillermón J. C., (2019), *Un primer acercamiento al Pink Tax y su estudio a través del derecho del consumidor argentino*, en Género y derecho del consumidor, Barocelli S. (dir.), Faliero J. (Coord.), Buenos Aires, Ediciones Aldina.
- Mackinnon, C., (2014), “*Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*”, primera edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- Núñez S. R. y Díaz R., (2017), “El fin del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino. La transición entre el juicio a prueba y el principio a la igualdad”, Buenos Aires, Pensar en Derecho, nro. 10, Año 5, Eudeba.

- The New York City Department of Consumer Affairs (DCA), (2015), “From Cradleto Cane: The Cost of Being a Female Consumer - A Study of Gender Pricing in New York City”, New York City.
- Pizarro. R. D., (2017), Tratado de responsabilidad objetiva, T. I, Buenos Aires, LL.
- Pizarro. R. D., y Vallespinos C. G., (1999), “*Instituciones del derecho privado*”, Vol. 2, Buenos Aires, Hammurabi.
- Rusconi, D. (Dir.), (2015), “*Manual de Derecho del Consumidor*”, segunda edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Saba, R. P., (2011), “Igualdad de trato entre particulares”, Buenos Aires, Lecciones y Ensayos, nro. 89, Eudeba.

A 200 años de la Constitución de 1819. Breve comentario de su historia

*200 years after the Constitution of 1819.
Brief comment on its history*

*200 anos após a Constituição de 1819.
Breve comentário sobre sua história*

*200 années après la Constitution de 1819.
Un bref commentaire de son histoire*

Diego Gabriel Presa¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 357-372

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e280>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3315-9301>

Recibido: 04/05/2019

Aprobado: 27/05/2019

Resumen: El trabajo aborda históricamente la Constitución de 1819, dando cuenta del contexto en el que fue sancionada. Se explica que nació muerta por distintos motivos. Uno de ellos es que el gobierno encabezado por el Directorio estaba totalmente desacreditado y sin consenso hacia el interior de la República o las restantes 13 provincias, (14 si tenemos presente que la Banda Oriental se encuentra ocupada por los portugueses), este descrédito hizo de la Constitución, un proyecto de laboratorio que no tenía ningún consenso de fuerzas políticas y no reflejaba la realidad de las Provincias Unidas y sus intereses. Este proceso constitucional dejó una enseñanza, siempre que se quiera redactar una constitución que va a regir en la vida de los ciudadanos debe hacerse en el mayor consenso posible, de lo contrario estará destinado al fracaso.

Palabras claves: Constitución. Historia.

¹ Abogado, adjunto cátedra III de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Abstract: This work addresses historically the Constitution of 1819, recounting the context in which it was sanctioned. It is explained that she was born dead for different reasons. One of them is that the government headed by the Directory was totally discredited and without consensus towards the interior of the Republic or the remaining 13 provinces (14 if we take into account that the Banda Oriental is occupied by the Portuguese). This discredit turned the Constitution into laboratory project that had no consensus of the political forces and did not reflect the reality of the United Provinces and their interests. This constitutional process has left us a teaching: whenever a constitution that will rule the life of citizens needs to be written, it must be made in the greatest possible consensus, otherwise it will be destined to failure.

Keywords: Constitution. History

Resumo: O trabalho aborda historicamente a Constituição de 1819, dando conta do contexto em que foi sancionada. Explica-se que ela nasceu morta por diferentes razões. Uma delas é que o governo encabeçado pelo Diretório estava totalmente desacreditado e sem consenso no interior da República ou das 13 províncias restantes, (14 se tivermos presente que a Banda Oriental encontra-se ocupada pelos portugueses), esse descrédito fez da Constituição, um projeto de laboratório que não tinha consenso de forças políticas e não refletia a realidade das Províncias Unidas e seus interesses. Este processo constitucional deixou um ensinamento, sempre que quiser escrever uma constituição que irá governar na vida dos cidadãos deve ser feita no maior consenso possível, caso contrário será destinado ao fracasso.

Palavras-chave: Constituição. História

Résumé: Ce travail aborde historiquement la Constitution de 1819 en rendant compte du contexte dans lequel il a été sanctionné. On explique qu'elle est née morte pour différentes raisons, l'une desquels est que le gouvernement dirigé par le directoire était totalement discrédité et sans consensus vers l'intérieur de la République ou les 13 provinces restantes (14 si l'on se souvient que la bande orientale est occupée par les Portugais). Ce discrédit a fait de la Constitution un projet de laboratoire sans consensus des forces politiques et qui ne reflétait pas la réalité et les intérêts des Provinces-Unies. Cette procédure constitutionnelle a laissé un enseignement, chaque fois qu'on veut élaborer une constitution

qui va régir la vie des citoyens, on a besoin de le plus grand consensus possible, autrement elle sera vouée à l'échec.

Mot-clés: Constitution. Histoire

I. Introducción

El 22 de abril de 1819 el Congreso de Tucumán, sesionaba en Buenos Aires y sanciona el primer texto constitucional orgánico para las Provincias Unidas del Río de La Plata el Estado; texto que no van a aceptar las provincias litorales de la Banda Oriental del Uruguay –no solo por no coincidir con el mismo, sino por estar ocupada por los portugueses desde 1816 a instancias de Buenos Aires- y las provincias de Corrientes, Entre Ríos y Santa Fe.

No obstante este texto constitucional, que es el primero en su estilo, llevara al camino a la Constitución de 1853.

Hoy doscientos años después podemos recorrer su articulado y ver dicho texto en profundidad, donde muchas de las atribuciones de los poderes del estado, se fueron manteniendo en los textos constitucionales que le sucedieron, hasta terminar en artículos vigentes en la Constitución Nacional de 1853 y sus reformas.

Nos sorprende que no tenga la organización de la que dispondrán los constituyentes de 1853. Si contiene una estructura de gobierno representativo, republicano, adhiriendo tácitamente al sistema unitario, pero sin mencionarlo; sólo se desprenderá de su articulado y formato, que es unitaria.

Además de su texto se desprende, una actitud altamente conservadora, con tendencias aristocráticas en la composición de la Honorable Cámara de Senadores. Esta situación tan particular se da por las negociaciones autorizadas por el mismo Congreso al Director Supremo, de buscar un príncipe o princesa europea que asumiera como Jefe de Estado de las Provincias Unidas del Río de La Plata.

Recordemos que existieron cuatro proyectos que pueden identificarse:

1) La princesa Carlota Joaquina hija de Carlos IV de España, hermana del rey Fernando VII y esposa del rey de Portugal, que se encontraba en Río de Janeiro, Brasil.

2) Francisco de Paula hijo de Carlos IV y hermano de Fernando VII.

3) Luis Felipe de Orleans, Duque de Orleans, quien con el tiempo sería coronado como rey de Francia

4) Carlos Luis de Borbón, duque de Luca, sobrino de Fernando VII.

5) el proyecto incaico que detentó tres candidatos:

a) Dionisio Inca Yupanqui, educado en el Seminario de Nobles, coronel del regimiento de Dragones y diputado a las Cortes representando al Perú.

b) Juan Andrés Ximénez de León Manco Capac, descendiente legítimo de los emperadores del Perú, sacerdote y primer capellán del ejército argentino.

c) Juan Bautista Túpac Amarú, quinto nieto del último emperador del Perú, quien en 1816 hacía treinta y cinco años que se encontraba prisionero de los españoles.

La constitución de 1819 estaba destinada a albergar alguno de estos proyectos monárquicos, que se vieron fracasados por distintas circunstancias históricas.

La definición de Constitución, se entiende, “como el conjunto de normas, que reconoce derechos y garantías para sus ciudadanos y regula el funcionamiento de los poderes del Estado”.

El texto de 1819 no empieza por las Declaraciones, Derechos y Garantías, pero con el fin de mantener el formato de nuestro actual texto constitucional empezaré por ellas.

II. “Declaraciones Derechos y Garantías”

A diferencias de la Constitución de 1853, la Constitución de 1819, en su sección Quinta, estableció la declaración de derechos dividido en dos capítulos: el primero sobre los “Derechos de la Nación” y el segundo sobre “Derechos Particulares”.

Podemos distinguir los siguientes:

Los derechos de la Nación regulados entre los artículos 104 a 108, del Capítulo I:

Así, el **artículo 104** le da el derecho de reformar la constitución cuando lo “exija el interés común”

El **artículo 105** establece la soberanía –como poder- en los tres poderes del estado, fijando claramente la división de poderes.

El **artículo 106 y 107** establece las responsabilidades de los funcionarios ante el Estado y que ninguna autoridad está por encima de la ley.

El **Artículo 108** habla de la delegación de esa soberanía constitucional, le permite a la Nación la facultad de nombrar a sus Representantes, y la de “ejercer libremente el poder censorio por medio de la prensa.”

En el **Capítulo II**, se establecen los **Derechos Particulares**, regulados entre los artículos **109 a 129**.

El **Artículo 109 fija que**, los miembros del Estado deben ser protegidos en el goce de los derechos de su vida, reputación, libertad, seguridad y propiedad.

El **Artículo 110**, establece la igualdad ante la ley, diciendo textualmente “...favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos...”

La libertad de prensa se regula en el **artículo 111** diciendo que “...es un derecho tan apreciable al hombre como esencial para la conservación de la libertad civil en un Estado...”, una ley del Congreso debía regular la misma.

El derecho a la intimidad se establece en el **artículo 112**, “...Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo

ofenden el orden público, ni perjudican a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados...”, actualmente este mismo texto está consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. El mismo, se ve reflejado en el **artículo 113** “...Ningún habitante del Estado, será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe...”.

El juez natural se regula en el **Artículo 114**, así como el juicio por jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias. El **artículo 115** protege a los ciudadanos de las requisiciones arbitrarias dejando a la regulación de la ley dichos procedimientos.

Los **artículos 116 y 118** establecen el principio de inocencia, el debido proceso legal, siendo que ningún habitante del Estado puede ser penado, ni confinado, sin que preceda forma de proceso y sentencia legal.

Estos últimos artículos conjuntamente con el **Artículo 117**, hoy se encuentran regulados en el artículo 18 de la Constitución Nacional, se consagra que las cárceles solo deben servir para la seguridad y no para castigo de los reos.

La protección del domicilio se fijó en el **artículo 119** y solo podrá allanarse en caso de resistencia a la autoridad legítima. El **artículo 120** entiende que la autoridad legítima es el juez. A mayor protección el artículo **121** determina que las anteriores disposiciones relativas a la seguridad individual no podrán suspenderse.

El **Artículo 123** vuelve hablar de la propiedad como un derecho sagrado e inviolable, y que los miembros del Estado no pueden ser privados de ella, ni gravados en sus facultades sin el consentimiento del Cuerpo Legislativo, o por un juicio conforme a las leyes. Regulando la expropiación en el **artículo 124**.

Por los tiempos de guerra tanto de la Independencia como la Guerra Civil el **Artículo 125** hablaba de los auxilios que no estaban obligados a prestar los ciudadanos a los ejércitos, sino por orden del magistrado civil, siendo indemnizados por los daños.

El derecho a peticionar se fija en el **artículo 126**.

Este **artículo 127**, es un antirreflejo del actual 16 de la Constitución Nacional y se prohibían nuevos títulos de nobleza hereditaria, entendiéndose la existencia de los títulos de nobleza que la propia Asamblea del año XIII había abolido.

Los pueblos originarios son contemplados en el **artículo 128** fijando una igualdad que se vuelve distintiva, porque los iguala a los ciudadanos de las Provincias Unidas, siendo que ya eran integrantes de estas Provincias Unidas. Vuelve a abolir o reforzar cualquier tipo de tributo o tasa o servicio personal, además le da facultados al Congreso para promover políticas legales que mejoren las condiciones de vida.

El **artículo 129**, va más allá de lo fijados por la Asamblea del año XIII, aboliendo el tráfico de esclavos y prohibida para siempre su introducción en el territorio del Estado, no quedando claro si la esclavitud en sí, dejaba de existir en el territorio de las Provincias Unidas, recordemos que la Constitución de 1853 abole la misma y declara libres a los pocos que aún existen.

III. Los Poderes del Estado

La constitución en este sentido es clásica y divide los poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial

La **Sección Segunda, en su artículo 3**, dice que las facultades legislativas eran ejercidas por un **Congreso Nacional**, compuesto de dos Cámaras, una de Representantes y otra de Senadores.

En el **Capítulo I**, y a partir del artículo 4 al 9 se encuentra la **Cámara de Representantes o Diputados**, elegidos una cada 25 mil o fracción de 16.500.

Entre los requisitos el **artículo 5º**, siete años de ciudadano antes de su nombramiento, 26 años de edad cumplidos, un fondo de cuatro mil pesos o arte, profesión u oficio útil.

Durarían cuatro años, pero se renovarían por mitad al fin de cada bienio. Sorteando la mitad de la Cámara a renovar en la primera renovación (art 6).

La Cámara de Representantes (**Art. 7°**) tiene exclusivamente la iniciativa en materia de contribuciones, tasas e impuestos. Además del derecho exclusivo (art 8°) de acusar de oficio, o a instancia de cualquier ciudadano, a los miembros de los tres grandes poderes, a los Ministros de Estado, Enviados a las Cortes Extranjeras, Arzobispos u Obispos, Generales de los ejércitos, Gobernadores y Jueces de las Provincias, y demás empleados de no inferior rango a los nombrados, por los delitos de traición, concusión, malversación de los fondos públicos, infracción de Constitución, u otros que según las leyes merezcan pena de muerte o infamia, es lo que se denomina juicio político, donde la Cámara de Representante o diputados hace de fiscal.

En cuanto a los impuestos, tasas y contribuciones, son exclusivas de la Cámara por ser los representantes del pueblo de la Nación.

En cuanto a las retribuciones –sueldos- de los representantes los fija la propia cámara según el **artículo 9°**.

El **capítulo II**, habla del **Senado**, entre los artículos 10 a 20, aquí la situación es más compleja por la composición del mismo.

Según el **artículo 10** lo conformaran un senador por Provincia, tres senadores militares, cuya graduación no baje de Coronel Mayor; un Obispo, y tres Eclesiásticos; un Senador por cada Universidad; y el Director de Estado, concluído el tiempo de su Gobierno.

Entre los requisitos para ser Senador, la edad de treinta años cumplidos, nueve de ciudadano antes de su elección, un fondo de ocho mil pesos, una renta equivalente, o una profesión que lo ponga en estado de ser ventajoso a la sociedad (**art. 11**). Durán en el cargo doce años, renovándose por terceras partes cada cuarto. La suerte decidirá quiénes deban salir en el primer y segundo cuatrienio (**art. 12**).

El ex Director Supremo o saliente integra el Senado hasta que sea reemplazado por el que le sucediese en el mando (**art. 13**).

La elección de los Senadores de las Provincias, se hará en cada Municipalidad nombrará un capitular y un propietario, que tengan un fondo de diez mil pesos al menos, para electores.

Reunidos éstos en un punto en el centro de la Provincia, que designará el Poder Ejecutivo, elegirán tres sujetos de la clase civil, de los que uno al menos sea de fuera de la Provincia. Esta terna se pasará al Senado (la primera vez al Congreso) con testimonio íntegro del acta de elección.

El Senado, recibidas todas las ternas y publicadas por la prensa, hará el escrutinio; y los que tuvieren el mayor número de sufragios, computados por las Provincias, serán Senadores. Si no resultase pluralidad, la primera vez el Congreso, y en los sucesivo el Senado, hará la elección entre los propuestos.

Así lo establecía el **artículo 14** la elección, la cual es de formato indirecta al no participar el pueblo en su elección.

El **artículo 15** habla de los Senadores militares que eran nombrados por el Director de Estado.

Los Obispos; en el **artículo 16**, regula la elección siendo Senador por primera vez el Obispo de la Diócesis donde reside el Cuerpo Legislativo. En lo sucesivo se elegirá el Obispo Senador por los Obispos del territorio, remitiendo sus votos al Senado. Publicados por la prensa, se hará el escrutinio, y el que reuniese el mayor número, será Senador: no resultando pluralidad, decidirá la elección el Senado.

En cuanto a los eclesiásticos en el **artículo 17**, fijaba que los Cabildos eclesiásticos, reunidos por el prelado Diocesano, Curas Rectores del Sagrario de la Iglesia Catedral, y Redactores de los Colegios (cuando éstos sean eclesiásticos) elegirán tres individuos del mismo estado, de los cuales, uno al menos sea de otra Diócesis. Remitidas y publicadas las ternas con sus actas, los tres que reúnan mayor número de sufragios computados por las iglesias, serán Senadores; en caso de igualdad el Congreso o Senado decidirá la elección.

Al igual que en la actual Constitución Nacional el **artículo 18** le da al Senado la función de juez en el juicio político.

Necesitando según el **Artículo 19** la concurrencia de dos terceras partes de sufragios para dictar sentencia, no establece si son de senadores presentes o totales del cuerpo.

El artículo **20** deja al destituido a disposición de la ley común.

En cuanto a las atribuciones de ambas Cámaras el **Capítulo III**, las regula del artículo 21 a 30, entre las que encontramos en el **artículo 21** los meses de sus sesiones en los meses de Marzo, Abril y Mayo, Septiembre, Octubre y Noviembre.

Cada Cámara es Juez de los títulos y elección de sus miembros (**Art. 22**), por el **artículo 23** Nombra sus autoridades así como su reglamento interno. En cuanto a su funcionamiento es por quórum, no pudiendo hacerlo sin ello (**art 24**), sus sesiones serán registradas en un diario (**Art. 25**), tienen fueros durante su asistencia a la Legislatura, y mientras van y vuelven de ella: excepto el caso de ser sorprendidos *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamia u otra aflictiva (**art 26**); e iguales fueros por sus opiniones (**Art. 27**); Cuando se forme querrela –denuncia- por escrito contra cualquier Senador o Representante, por delitos, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada Sala con dos tercios de votos separar al acusado de su seno, y ponerlo a disposición de la Justicia, para su enjuiciamiento (**art 28**); la incompatibilidad de un cargo legislativo y del Ejecutivo sin la autorización de la Cámara respectiva (**Art. 29**); la posibilidad de interpelar a los Ministros del Poder Ejecutivo para recibir los informes que estime convenientes (**art 30**).

En el Capítulo IV, se encuentran las atribuciones del congreso

a) Al Congreso corresponde privativamente formar las leyes que deben regir en el territorio de la Unión (**art 31**); **b) Art. 32** Decretar la guerra y la paz. **Art. 33** Establecer derechos; y contribuciones proporcionalmente iguales en todo el territorio., fijando un plazo de 2 años de vigencia de ellas; **c) Art. 34** Fijar

a propuesta del Poder Ejecutivo la fuerza de línea de mar y tierra; **d) Art. 35** Mandar construir y equipar una marina nacional. **e) Art. 36** Recibir empréstitos sobre los fondos del Estado; **f) Art. 37** Reglar la forma de todos los juicios, y establecer Tribunales inferiores a la Alta Corte de Justicia. **g) Art. 38** Crear y suprimir empleos de toda clase. **h) Art. 39** Reglar el comercio interior y exterior. **i) Art. 40** Demarcar el territorio del Estado, y fijar los límites de la Provincias. **j) Art. 41** Habilitar puertos nuevos y elevar las poblaciones al rango de villas, ciudades o Provincias. **k) Art. 42** Formar planes uniformes de educación pública, y proveer de medios para el sostén de los establecimientos de esta clase. **l) Art. 43** Recibir anualmente del Poder Ejecutivo la cuenta general de las rentas públicas, examinarlas y juzgarlas; **ll) Art. 44** Asegurar a los autores o inventores de establecimientos útiles, privilegios exclusivos por tiempo determinado; **m) art. 45** Reglar la moneda, los pesos y medidas.

Las atribuciones no difieren de las que hoy tiene el actual Congreso, pero teniendo presente que hoy en el artículo 75 de la CN., esas atribuciones poseen la materia delegada de los Estados provinciales en su inciso 12 en cuanto a los códigos de fondo.

En cuanto a la formación y sanción de las leyes el **Capítulo V**, lo regula entre los artículos 46 a 55, siendo la regla general que pueden tener inicio en cualquiera de las dos Cámaras, exceptuando las del artículo 7° de la Constitución.

Curiosamente cuando entramos a temas específicos el art. 48, establece que cada proyecto de ley se leerá en tres sesiones distintas, mediando entre cada una de ellas tres días al menos: sin esto no se pasará a deliberar, siendo esta una regla de funcionamiento interno que debería estar en el reglamento de las cámaras y no en el texto constitucional.

Para su aprobación el **artículo 49** establece que la mitad más uno de sufragios en cada una de la Cámaras constitucionalmente reunidas. Aprobado el proyecto, se pasará a la otra para

su discusión (**Art 50**). Si el proyecto es desaprobado no podrá tener tratamiento dentro de ese año legislativo, quedando postergado para el año legislativo entrante (**Art. 51**); Los proyectos de ley aprobados, pasarán al Director del Estado (**art 52**). Si él –Director- los subscribe, o en el término de quince días no los devuelve objetados, tendrán fuerza de ley. (**Art 53**). La objeción es un veto, que es descrito en el **artículo 54** devolviendo el proyecto a donde tuvo su origen. Si ambas Cámaras, con dos tercios de sufragios en cada una de ellas, insistieran en el proyecto vetado se sancionaba.

El **Poder Ejecutivo**, está en la sección tercera, **Capítulo I**, con el título de “*Naturaleza y calidades de este Poder*”; El Poder Ejecutivo de la Nación es ejercido por un Director (**art 56**); para ser Director requería seis años de residencia y treinta y cinco de edad (**Art. 57**). Tampoco podrá ser elegido el que se halle empleado por el Senado o en la Cámara de Representantes (**Art. 58**), se le toma juramento de manos del Presidente del Senado, en presencia de las dos Cámaras reunidas, es decir en Asamblea legislativa (**art 59**); y duraba en el cargo cinco años (**art 60**); En caso de enfermedad, acusación o muerte del Director del Estado, administrará provisoriamente el Poder Ejecutivo el Presidente del Senado, quedando entretanto suspenso de las funciones de Senador (**art 61**).

En cuanto a la forma de elección del Director del Estado, fue regulado en el **Capítulo II**, era elegido por las dos Cámaras reunidas (**art 62**); presidida la elección por el Presidente del Senado, siendo Vicepresidente el Presidente de la Cámara de Representantes (**art 63**), los votos se entregarán escritos y firmados por los vocales, y se publicarán con sus nombres (**art 64**); la mayoría será de mitad más uno de cada Cámara, hará la elección (**art 65**).

En caso de tres votaciones y si ninguno obtuviese la expresada mayoría, se publicarán los tres sujetos que hayan obtenido el mayor número, y por ellos solos se sufragará en las siguientes votaciones (**art 66**); previendo el **art. 67** si reiterada ésta hasta tres veces, ninguno de los tres propuestos reuniese la mayoría

que exige el artículo 65, se excluirá el que tuviese menor número de votos: caso de igualdad entre los tres o dos de ellos, decidirá la suerte el que haya de ser excluido, quedando solamente dos; definiéndose en el **art. 68** por uno de estos. Si repetida la votación, no resultase la mayoría expresada, se sacará por suerte el Director de entre los dos (**art 69**).

La elección se realizaría 30 días antes de culminar el mandato (**art. 71**) y en caso de muerte deberá hacerse la elección dentro de quince días. Se permitía una vez la reelección con un voto de las dos terceras partes de cada Cámara (**art 73**).

En el **Capítulo III**, se establecen las *atribuciones del Poder Ejecutivo*, entre las que encontramos, Jefe Supremo de todas las fuerzas de mar y tierra (**art 74**); de publicar y hace ejecutar las leyes (**art 75**); Realizaba la apertura de las sesiones del Cuerpo Legislativo, informando en esta ocasión sobre el estado de Gobierno (**art 76**); Convoca a sesiones extraordinarias (**art 77**); puede proponer proyectos a las Cámaras (**art 78**); Rechaza las invasiones de los enemigos exteriores: previene las conspiraciones y sofoca los tumultos populares (**art 80**); Nombra por sí solo los Generales de los ejércitos de mar y tierra, los Embajadores, Enviados y Cónsules en las naciones extranjeras, y los recibe (**art 81**); Nombra y destituye a sus Ministros (**art 82**); puede celebrar y concluir tratados con las naciones extranjeras: salvo el caso de enajenación o desmembración de alguna parte del territorio, en que deberá exigirse el dos tercios de la Cámara de Representantes (**art 83**); Expide las cartas de ciudadanía de acuerdo a la ley (**art 84**); Nombra a todos los empleos (**art 85**); Nombra a los Arzobispos y Obispos, a propuesta en terna del Senado ejerciendo aquí el derecho de patronato (**art 86**); Puede indultar de la pena capital a un criminal o conmutarla, (**art 89**); e igualmente lo puede hacer con sentencias de carácter militar (**art. 90**); Recibía un sueldo que fijaría el Congreso el cual no puede aumentar o disminuir durante su mandato (**art. 91**), esto muestra la poca volatilidad económica de la época.

En la **sección cuarta**, se legislo sobre el **Poder Judicial**, denominado **Capítulo Único, Corte Suprema de Justicia**,

paradójicamente se la llamo Alta Corte de Justicia, compuesta de siete Jueces y dos Fiscales, (**art 92**); **requisito ineludible ser abogado**, con ocho años de ejercicio público como tal, y cuarenta años de edad (**art 93**); Los miembros de la Alta Corte de Justicia, eran nombrados por el Director del Estado, con noticia y consentimiento del Senado (**art 94**); El presidente del máximo Tribunal, era electo por un periodo de cinco años a simple pluralidad de sufragios, por sus miembros, (**art 95**).

En su competencia fijada en el **art. 97**, entendía exclusivamente de todas las causas concernientes embajadores y cónsules de las naciones extranjeras; de aquellas en que sea parte una Provincia, o que se susciten entre Provincia y Provincia, o pueblos de una misma Provincia, sobre límites u otros derechos contenciosos; de las que tengan su origen de contratos entre el Gobierno Supremo y un particular; y últimamente de las de aquellos funcionarios públicos de que hablan los artículos 20 y 28.

Esta era una competencia originaria y donde el máximo tribunal actuaba como una primera y única instancia.

Asimismo la Alta Corte en el **art. 98**, conocía en último recurso de los casos que descienden de tratados hechos bajo la autoridad del Gobierno; de los crímenes cometidos contra el derecho público de las naciones, y de todos aquellos en que según las leyes haga lugar a los recursos de segunda suplicación, nulidad o injusticia notoria. Siendo aquí su rol el de un tribunal de alzada de última instancia donde sus sentencias son uniformadoras de la jurisprudencia a los tribunales inferiores.

Los juicios eran públicos y las sentencias se formaban por los votos de cada juez (**art 99**); Producía un informe en un periodo de tiempo, para el Congreso, de todo lo conveniente para las mejoras de la administración de justicia, (**art 100**); Cada seis meses recibía de las Cámaras de Justicia una razón exacta de las causas y asuntos despachados en ellas, y de las que quedaban pendientes, (**art 101**); La inamovilidad de los jueces eran mientras durara su buen comportamiento (**art 102**);

El Congreso también fijaba sus sueldos los cuales no podrían ser disminuidos mientras permanezcan en el oficio. Hoy cada poder, fija su propio presupuesto en forma anual.

IV. Conclusión

La Constitución de 1819 nació muerta por distintos motivos. Uno de ellos es que el gobierno encabezado por el Directorio estaba totalmente desacreditado y sin consenso hacia el interior de la República o las restantes 13 provincias, (14 si tenemos presente que la Banda Oriental se encuentra ocupada por los portugueses), este descrédito hizo de la Constitución, un proyecto de laboratorio que no tenía ningún consenso de fuerzas políticas y no reflejaba la realidad de las Provincias Unidas y sus intereses.

El segundo motivo, que debemos tener presente, es que la misma Constitución resulta ser un híbrido en lo que respecta a la forma de gobierno, al no definir claramente que era un estado unitario, pero surge de su texto en forma implícita, no fue casual esta forma de redacción, sino que estaba orientada a las negociaciones de carácter monárquico que se llevaban adelante en el continente Europeo, en resumen la no adhesión a un Gobierno Republicano y de carácter Federal, llevo al fracaso inmediato del texto constitucional.

Esta Constitución fue fuente de la de 1826 y por supuesto de la 1853, pero como la de 1826, dejo una enseñanza, siempre que se quiera redactar un texto constitucional que va a regir en la vida de los ciudadanos debe hacerse en el mayor consenso posible, de lo contrario estará destinado al fracaso.

Referencias bibliográficas

- Badeni, Gregorio, Tratado de Derecho Constitucional, t. I, 1ª ed., Bs. As., La Ley, 2004, pp. 108/112.
- Dalla Vía, Alberto R., "Las reformas constitucionales", en Susana Albanese; Alberto R. Dalla Vía, Roberto Gargarella et al,

Derecho Constitucional, 1ª ed., Bs. As., Editorial Universidad, 2004, pp. 527/542.

González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina 1853/1860, 2ª ed., Bs. As., Estrada, 1983, pp. 57/60.

Presa Diego Gabriel, abogado, adjunto cátedra III de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf Basterra, Marcela Constitución de 1819, Un paso adelante en el proceso de consolidación del Estado Constitucional argentino

En la Búsqueda de explicaciones al paradigma procesal colectivo: El fenómeno de flexibilización procesal a instancias de la relación entre el ordenamiento jurídico inglés del S. XVII y el ordenamiento jurídico argentino contemporáneo

In seeking explanations of the collective procedural paradigm: The phenomenon of procedural flexibility at the behest of the relationship between the English legal system of the XVII century and the contemporary Argentine legal system

Em Busca de explicações do paradigma processual coletivo: O fenômeno da flexibilidade processual a mando da relação entre o sistema jurídico inglês do século XVII e o sistema legal argentino contemporâneo

Dans la recherche d'explications du paradigme procédural collectif: Le phénomène de la flexibilité procédurale à la demande des relations entre le système juridique anglais du XVIIe siècle et le système juridique argentin contemporain

*Alejandro Monzani*¹ | Universidad Nacional del Comahue

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 373-401

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e281>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5203-7719>

Recibido: 28/4/2019

Aprobado: 17/05/2019

¹ Abogado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue). Fue adscripto alumno y es adscripto egresado de la materia "Derecho Procesal Civil - Civil II". Cursa actualmente Especialización en Derecho Procesal Civil (UNCo-UBA). Integra el Proyecto de Investigación (Cód.: 04/D116) dirección a cargo de Dr. Juan Carlos Fernández, profesor de diversas casas de estudios, entre ellas FADECS -UNCo. Ha disertado en variadas ocasiones sobre Procesos Colectivos y ha publicado en varias ocasiones sobre dicha temática. Es Coordinador General de curso de Postgrado de Teoría Constitucional.

Resumen: El presente ensayo se dirige al aporte de la investigación cualitativa del fenómeno de los procesos colectivos argentino. Para ello se hará un breve análisis relativo a los orígenes de estos tipos procesales -ubicados en el siglo XVII en Inglaterra-. Del estudio del tribunal inglés "*Court of Chancery*" -en tanto primer tribunal que sistematizará un cuerpo de reglas relativas a estos procesos (*Bill of Peace*)-, y su desarrollo institucional, se han extraído características principales que, parcialmente, se repiten en la actualidad en el ordenamiento jurídico argentino. En este sentido, se ha estructurado el análisis partiendo del estudio del sistema anglosajón enfocándose en el tribunal que ha tratado a estas acciones colectivas; posteriormente se han definido características principales de esta estructura, para luego identificar similares características en el ordenamiento jurídico argentino. De las características similares que surgen del confronto del sendos sistemas (el anglosajón del siglo XVII y el argentino contemporáneo) se ha llegado a conclusiones que, aunque expliquen el fenómeno colectivo de forma parcial, proveen de ciertas respuestas de la lógica disruptiva del nuevo paradigma procesal colectivo.

Palabras claves: Class actions, bill of peace, court of chancery, procesos colectivos

Abstract: This essay addresses the contribution of qualitative research on the phenomenon of collective processes in Argentina. For this purpose, a brief analysis will be made regarding the origins of these procedural types -located in the seventeenth century in England-. From the study of the English Court "*Court of Chancery*" - as the first court that will systematize a body of rules related to these processes (*Bill of Peace*) -, and its institutional development, main characteristics have been extracted that, partially, are repeated in the present in the Argentine legal system. In this sense, the analysis has been structured starting from the study of the Anglo-Saxon system focusing on the court that has dealt with these collective actions; subsequently, the main characteristics of this structure have been defined, in order to later identify similar characteristics in the Argentine legal system. Of the similar characteristics that emerge from the confrontation of the two systems (the Anglo-Saxon of the 17th century and the contemporary Argentine), conclusions have been reached that, although they partially explain the collective phenomenon, provide

certain answers of the disruptive logic of the new collective procedural paradigm.

Keywords: Class actions, bill of peace, court of chancery, collective processes

Resumo: O presente ensaio dirige-se a contribuição da pesquisa qualitativa sobre o fenômeno dos processos coletivos na Argentina. Para isso será feita uma breve análise sobre as origens destes tipos processuais - localizadas no século XVII na Inglaterra -. Do estudo do tribunal Inglês "Court of Chancery" -em tanto primeiro tribunal que sistematizará um conjunto de regras relativas a estes processos (Bill of Peace) -, e seu desenvolvimento institucional, foram extraídos principais características que, parcialmente, repetem-se na atualidade presente no sistema legal argentino. Nesse sentido, foi estruturada a análise a partir do estudo do sistema anglo-saxão com foco no tribunal que abordou essas ações coletivas; posteriormente, foram definidas as principais características dessa estrutura, para depois identificar características semelhantes no sistema legal argentino. Das características similares que surgem de enfrentar os respectivos sistemas (o anglo-saxão do século XVII e o argentino contemporâneo) chegou-se a conclusões que, embora expliquem o fenômeno coletivo de forma parcial, fornecem de certas respostas da lógica perturbadora do novo paradigma processual coletivo.

Palavras-chave: actions, bill of peace, court of chancery, processos coletivos.

Résumé: Ce travail a pour objectif l'apport d'une recherche qualitative sur le phénomène des processus collectifs en Argentine. À cette fin, on fera une brève analyse concernant les origines de ces types de procédure, localisés au dix-septième siècle en Angleterre. De l'étude du tribunal anglais "Court of Chancery" - premier tribunal qui systématise un ensemble de règles liées à ces processus (Bill of Peace) - et de son développement institutionnel, on a extrait certaines caractéristiques principales qui, partiellement, se répètent dans l'actuel système juridique argentin. à cet égard, l'analyse a été structurée à partir de l'étude du système anglo-saxon, en se concentrant sur le tribunal qui a traité ces actions collectives. Ultérieurement, les caractéristiques principales de cette structure ont été définies afin d'identifier les caractéristiques similaires dans le système juridique argentin. Parmi les caractéristiques similaires qui

se dégage de la confrontation des deux systèmes (Anglo-saxon du XVII^e siècle et argentin contemporain), on est arrivé aux conclusions que, bien qu'ils expliquent seulement en partie le phénomène collectif, apportent certaines réponses à la logique perturbatrice du nouveau paradigme procédural collectif.

Mot-clés: Class actions, bill of peace, court of chancery, processus collectifs

I. Introducción²

La recepción de las acciones colectivas³ en el ordenamiento jurídico argentino, tomando al precedente *Halabi (Fallos 332:111)* como ejemplo fiel, ha implicado un cambio de paradigma procesal⁴. Sin embargo, el cambio de paradigma no ha sido acompañado por una consistente y sistemática estructura

² El presente trabajo se concibe en el contexto de Proyecto de Investigación (PIN I – Cód.: 04-D116) “*El derecho real de dominio en función ambiental. Desde el modelo de limitaciones administrativas a la propiedad al modelo de ordenamiento ambiental del territorio*” dirigido por el Prof. Dr. Juan Carlos Fernández.

³ En el presente trabajo echaremos mano a los términos “acciones de clases” y “acciones colectivas” como sinónimos sin perjuicio de la diferencia ontológica que pueda existir y haya sido advertida por la doctrina a propósito del uso indiscriminado de ambos términos (Giannini, 2018, p. 13; Lorenzetti, 2017, p. 12).

Además, seguiremos la línea trabajada por Gidi (2004, p. 31) al entender que “la acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”. En línea consecuente a la tesis aquí sostenida, Gidi, 2004, p. 17. También sobre terminología y conceptos en derecho comparado ver: Lorenzetti, 2017, p. 12.

⁴ No se deja de lado que la labor pretoriana en la construcción de las acciones colectivas se expresan en extenso antes de el dictado de sentencia la causa *Halabi*; al solo efecto ejemplificativo: “Kattan, Alberto E. y otro c/ Gobierno nacional, Poder Ejecutivo” CSJN, 10-5-83; “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” *Fallos* 315:1492; “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Edesur” CSJN, 16-3-2000; “Verbitsky, Horacio s/Hábeas corpus” *Fallos* 328:1146 3-5-2005; “Mendoza Beatriz y otros c/Estado Nacional y otros” CSJN, 20-6-2006; etc. Además, para algunos autores es éste último caso “Mendoza” por el cual la Corte comienza a “sistematizar la noción “derechos de incidencia colectiva”, provocando un cambio sustancial en el tratamiento de la materia” (Salgado, 2010, p. 17).

procesal adecuada para estos tipos de litigios -ausencia dada tanto en el ámbito federal como provincial argentino (Lorenzetti, 2017, p. 27; Giannini, 2015, p. 295)-. En general, para la ventilación de estas acciones colectivas (que integran a la estructura de los *procesos* colectivos) se han utilizado diversas herramientas o institutos procesales que son propias de la concepción “clásica” del proceso civil, o bien, por otro lado, se ha utilizado a la garantía procesal constitucional del amparo colectivo, que de igual manera, en la mayoría de los casos carece de regulación, o si la tiene, resulta insuficiente a los fines del tratamiento de estos tipos de litigios. Esta ausencia de regulación procesal ha dado pie a las más diversas creaciones jurisprudenciales, generalmente haciendo lugar a procesos “*sui generis*”, que sistemáticamente han demostrado alejarse del rigorismo formal procesal “clásico”.

En dicha necesidad de prever soluciones *ad hoc* a estos “novedosos” procesos colectivos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han enfocado gran parte de su atención -aunque no exclusivamente⁵- al estudio del derecho anglosajón. Ejemplo de esto ha sido el estudio sistemático de la “*Rule 23*” del Código Procesal Federal de los Estados Unidos. De allí que, dado que una fuente de derecho comparado para los principales lineamientos que se han esgrimido en el ordenamiento jurídico argentino en materia de acciones colectivas ha sido el régimen anglosajón, surge, en el presente trabajo, el interés del estudio de los orígenes de los primigenios procesos colectivos en dicho sistema, a los fines de poder encontrar algunas explicaciones, ciertamente parciales, del fenómeno de los procesos colectivos y su impacto en el ordenamiento jurídico argentino. Con este norte en mira, en primer lugar, se hará un análisis del primer régimen de judicialización del conflictos colectivos en el sistema

⁵ Se tiene en cuenta el estudio en materia de derecho comparado no exclusivo del sistema anglosajón, como enseña Lorenzetti (2017, p. 107). También, ver Gidi, A. (2012). The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad: The Case of Latin America. *Brooklyn Journal of International Law*, 894-957.

anglosajón que, hasta donde se ha podido investigar, tuvo nacimiento en el derecho británico del siglo XVII. Se intentará extraer de este estudio preliminar las principales características que han dominado ese contexto, en materia estrictamente procesal. Posteriormente, se expondrán algunas similitudes que -a grandes rasgos- se encuentran entre este proceso primigenio anglosajón con el joven proceso colectivo argentino. Finalmente, se concluirá con algunas apreciaciones que entendemos pueden explicar parcialmente el proceso colectivo y sus efectos en el esquema procesal tradicional argentino. Con ello se pretende proveer de mayor profundidad y entendimiento al fenómeno procesal colectivo.

Por último, se entiende relevante el estudio de los orígenes de los procesos colectivos, toda vez que ello se erige como aporte al armado sistemático de la teorización general científica ya que, como sostienen Giannini y Verbic (2017, p. 31)⁶, es imprescindible el armado de una teoría general de estos procesos a los fines de un adecuado tratamiento sistemático de su futura -aunque incierta en sus plazos- regulación procesal colectiva⁷.

II. El nacimiento de las primeras acciones de clase en el derecho inglés del siglo XVII: breves repasos al sistema de la Equidad, Court of Chancery, Bill of Peace y el precedente *Brown v. Bermuden*

Es constante la doctrina en señalar que el derecho inglés ha sido la cuna del nacimiento de las denominadas *class actions* (Salgado, 2011, p. 61), antecedente que ha significado la base

⁶ En este sentido apuntan los autores que si bien la doctrina ha avanzado con cierta vocación sistemática, "la legislación sigue manteniendo una cierta tendencia fragmentaria en la materia que se exhibe (...) al avanzar sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de alguno de sus aspectos controvertidos" (Giannini y Verbic, 2017, p. 31).

⁷ En este sentido véase: Gianinni Leandro J., y Verbic Francisco (dir.) (2017), *Los Procesos Colectivos y Acciones de Clase en el Derecho Público Argentino, Estudios sobre la tutela de derechos de incidencia colectiva en el sistema federal argentino, bases para una reforma de la justicia colectiva*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. En especial pp. 78-79. Además, Gelli (2006, p. 493).

de una amplia y fecunda regulación de acciones colectivas en los Estados Unidos. A su vez, la regulación norteamericana se erige como fuente inspiradora, en gran parte, de los métodos tomados por la argentina a la hora de dar tratamiento a esta tipología procesal.

Las *class actions* o acciones de clase han sido de forma incorrecta asociadas con exclusividad con lo que en Latinoamérica, especialmente en Argentina, se ha denominado como procesos colectivos sobre derechos de incidencia colectiva relativos a *derechos individuales homogéneos* (pues su asociación estuvo directamente dada en torno a las acciones de clase de daños o *class actions for damages*). Con la anterior salvedad de pretensión correctiva y a los fines de este trabajo -siguiendo los estudios de Gidi (2004, p. 31; 2012, p. 932) - adoptaremos al término “acciones colectivas” como término correctamente omnicomprendivo de procesos colectivos relativos a derechos individuales homogéneos, como de aquellos relativos a *derechos naturalmente colectivos/derechos colectivos indivisibles/bienes colectivos/intereses difusos*. Ello desde que aquí no interesará ahondar en especificidades de sendas clasificaciones, toda vez que el foco se centrará en el somero estudio de la faz institucional procesal.

Como se mencionó en el primer párrafo, estas acciones de clase, que son un antecedente no tan remoto de las normas de derecho comparado (Federal Rule of Civil Procedure 23) que servirían de inspiración para una rica cantidad de fallos, entre ellos el ya mencionado fallo “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde una dimensión normológica, parten del antecedente del *Bill of Peace*, conjunto de prácticas/reglamento que se empieza a gestar en el siglo XVII por un tribunal de equidad denominado *Court of Chancery* (o Corte de la Cancillería), en el seno del Derecho Inglés. Seguidamente haremos un breve análisis sobre el desarrollo de estas instituciones.

La estructura judicial del Common Law inglés (en sentido amplio), hasta el siglo XIX, estaba edificado sobre dos

grandes ramas: el *common law*⁸ -propriadamente dicho- que, en lo fundamental, en tanto sistema de protección de derechos, el procedimiento era el aspecto más importante para los juristas y, por el otro lado, se encontraba la *Equity* que se erigió como sistema que obraba para atender -en un principio- casos rechazados o que no procedían ante el *common law* -en sentido estricto- por su carácter rígido y formal (Ovejero Silva, 2018). A partir de la sanción de las *Judicature Acts* del año 1873, la distinción entre estos dos sistemas procesales pasaron a ser un resabio histórico desde que allí se consolidó la fusión entre ambos sistemas, dando lugar a un *common law* unificado⁹. Empero, es interesante adentrarnos en la distinción entre estos sistemas toda vez que fue en el sistema de la *Equity*, a través de un cuerpo denominado *Court of Chancery*, en donde las primeras reglas procesales en materia de acciones de clase vieron luz (puntualmente con la sanción del *Bill of Peace*).

Por un lado, como habíamos mencionado, se instituía el *common law* (o *law a secas*) como el sistema procesal más antiguo y primitivo, constituido por las cortes del *Exchenger*, *Court of Common Pleas* y el *King's Bench*. El rasgo distintivo del derecho anglosajón en este asunto ha sido poner énfasis en el proceso y su estricto cumplimiento, más que en la sustancia del derecho debatido. Es decir, el proceso era entendido tal vez como la garantía última de eficacia de los derechos reclamables, y es de allí que se entendiera que si el proceso era adecuado y cumplido rigurosamente, el resultado era inevitablemente el justo para el caso en concreto. En este aspecto se dice que:

⁸ El término “*common law*” -sin el uso de mayúsculas- se refiere al sistema judicial que se presenta desde los comienzos del derecho inglés (siglo XI) por contraposición al sistema de la *Equity* inglesa.

⁹ En rigor, fue en el año 1873 que por la sanción de las *Judicature Acts*, como señala David (2010, p.226), se crea la Corte Suprema de la *Judicatura* y, con ello, se suprimió la distinción formal de las cortes del *common law* y de la Corte del *Equity* de la Cancillería. “Desde allí todas las jurisdicciones inglesas se volvieron competentes para aplicar indistintamente las reglas del *common law* y las del *Equity*” (David, 2010, p. 226).

Es necesario poner especial énfasis en la importancia primordial que los temas de procedimiento han tenido (...) en Inglaterra. En tanto los juristas del continente europeo habían concentrado sus análisis fundamentalmente en la determinación de los derechos y obligaciones de cada una de las partes en el proceso (reglas de fondo), los juristas ingleses por su parte, lo han hecho sobre los planteamientos de procedimiento. (...) El common law no es un sistema que tenga como vértice proteger los derechos, consiste esencialmente en reglas de procedimiento que se estiman adecuadas para asegurar, en un número cada vez mayor de casos, la resolución de litigios conforme a la justicia. (David, 2010, p. 216-217)

Este sistema se impulsaba inicialmente -a grandes rasgos- mediante autorizaciones que se debían solicitar y pagar para acudir a las cortes: los denominados “writs” (instituido bajo el régimen o sistema del “Writ System”). Estos “writs” eran una suerte de certificado por el cual el demandante (“plaintiff”) dejaba constancia sobre la materia por la cual reclamaba al denunciado (“defendant”). Enseña René David (2010, p. 216) que “a cada writ corresponde un procedimiento específico que determinaba la secuela de los actos procesales que deberían ser satisfechos”. Existían, originariamente, writs estandarizados sobre determinadas materias (v.gr., en materia obligacional, se constituía el “writ of Debt” en donde el demandante alegaba que el demandado debía determinada cantidad de dinero), sin embargo -y se erige como un punto a destacar- no podían existir nuevos writs adaptados a cada conflicto en particular¹⁰. Es decir, si el reclamo no encuadraba en la estructura predispuesta del writ, la demanda estaba destinada a fallar.

De allí que “cuando aumentaron la cantidad de demandas, el sistema de emisión de writs se hizo insuficiente, surgiendo una nueva rama del derecho inglés: la Equity” (Ovejero Silva,

¹⁰ Cabe aclarar, sin embargo, que éste sistema no es el vigente en la actualidad, pues el sistema de writs vio su fin con la sanción de Common Law Procedure Act en 1852, pero fundamentalmente con la sanción de la Judicature Act en 1873 (James, 1985, p. 27).

2018). El sistema de la Equity, por contraposición al sistema de common law, se instauró como un método de solución basado en la “equidad” como núcleo decisivo ante situaciones que por el rigorismo formal que presentaba el law no eran susceptibles de ser tratadas judicialmente. A ello habría que sumar, desde un aspecto socio-histórico, la significativa expansión que tiene el common law en el siglo XIII, el cual comienza a receptor nuevos tipos conflictuales que no eran susceptibles de ser ventilados por el impedimento innato del formalismo procedimental, sumado a ello, por otro lado y de forma paralela, a la amenaza que significaba el avance cada vez con mayor vigor del *civil law* (continental europeo) que permitió el impulso -en parte- del sistema de equidad.

El cuerpo doctrinario de la Equity fue elaborado progresivamente por la Court of Chancery (que se trataba de la Cancillería actuando como vocero del rey) que según dice Salmond (1912), citado por Ovejero Silva (2018):

[F]ue establecida precisamente para administrar equidad en cuando las otras cortes declaraban inaceptables a determinados casos, proveyendo así una especie de apelación frente las reglas rígidas, estrechas y técnicas de las cortes reales, pues se consideraba que el Rey hablaba a través de la boca del canciller.

En esta misma línea, René David (2010) señala que:

Los obstáculos que se presentaban en la administración de la justicia impartida por las cortes de Westminster tuvieron como resultado inevitable que a un número significativo de controversias no se les daba una solución justa. En estas controversias al espíritu de la parte afectada le asistía una última posibilidad de obtener justicia: recurrir directamente al monarca, fuente de toda justicia y de gracia. (p. 221)

La Corte de la Cancillería (Court of Chancery) estaba situada físicamente junto con el resto de las cortes reales (Royal Courts of Justice) en Westminster Hall. Las tres cortes del common law (es decir, las cortes del Exchenger, Court of Common Pleas y

el King's Bench) estaban situadas de un lado del Hall y la Corte de la Cancillería del otro lado. Básicamente, y en una misma línea a la que se viene desarrollando, señala James (1985, p. 29) que en la Court of Chancery “la equidad era administrada, y los litigantes que no podían obtener justicia en las cortes del common law cruzaban el Hall para buscar el auxilio del Canciller”.

La historia de la Corte de la Cancillería se remonta hasta los tiempos de la corte de Carlo Magno, y fue trasladada a Inglaterra hacia el tiempo de Edwar the Confessor (rey inglés a mediados del siglo XI). En estos tiempos el Canciller se convirtió en la mano derecha del rey. Aún desde un comienzo, el canciller estuvo asociado a la administración de justicia desde que originalmente los writs eran emitidos por este. Si bien en un principio no se presentó como una corte independiente (sino que actuaba siempre en consulta de jueces o del concilio) para mediados del siglo XV la cancillería empieza a funcionar bajo su propia iniciativa, lo que permitió, naturalmente, comenzar a establecer sus propios criterios procesales y, de hecho, es aquí en donde propiamente se puede encontrar el inicio -señala James (1985, p. 30)- de la Corte de la Cancillería.

Las peticiones que se realizaban ante la Corte de la Cancillería eran presentadas por variadas razones, pero en particular, generalmente provenía de sujetos que, de una manera u otra, habían fallado en obtener justicia en las cortes del common law. Señala James (1985, p. 29) que, grosso modo, habían tres razones por las cuales se fallaba en obtener justicia en las cortes del common law: en primer lugar, los remedios del common law no eran efectivos; en segundo lugar, las cortes del common law generalmente otorgaban el derecho de indemnización por daños, empero la indemnización por daños no siempre aparecía como una satisfactoria forma de compensación; y, en tercer lugar, aun cuando la ley fuera adecuada para la solución de conflictos, existía la posibilidad de que una de las partes estuviera en condiciones (económicas o de poder) más importante que -inclusive- las cortes en sí mismas. De allí que el canciller pudiera remediar estas situaciones, principalmente porque al

estar tan asociado al rey no se encontraba obligado ni restringido ni por las reglas procesales de las cortes del common law, pero tampoco sometido por el poder económico o social de ningún otro sujeto. Otra razón de índole sociológica que se podría sumar en este apartado es el hecho del interés que recayó, por parte de los soberanos¹¹, sobre el proceso ante la Court of Chancery. Ello toda vez que ésta, a diferencia del common law, era constituida bajo un procedimiento escrito, inquisitorio y secreto (más afín, sin dudas, a los intereses de los soberanos) a diferencia del law que mantenía un proceso oral y público con, en ocasiones, jurados populares.

Al escuchar las peticiones (denominadas “bills”) de los sujetos que buscaban justicia tras habérsela sido denegada en las cortes del common law, la Court of Chancery paulatinamente comenzó a establecer una serie de reglas que, en general, proponía nuevos remedios ante las falencias del sistema del common law. Estas nuevas reglas que empezaron a regir gradualmente en el ámbito de la Court of Chancery fueron denominadas las “rules of Equity”. Se suele señalar que el uso de la “equidad” como factor de decisión respondió al hecho de que, en un principio, la Corte de la Cancillería no estaba conformada por meros administrativos sino por eclesiásticos que, en la fundación de la reglas de la equidad, tomaron prestado parte de la filosofía de la iglesia y parte del derecho civil romano (que en rigor, comparten lineamientos socio-históricos posterior al romanismo católico). En principio, la Equity parecía -y en parte lo fue- un sistema paralelo y la antítesis del common law. Sin embargo, resulta interesante poner de relieve lo apuntado por James (1985) al decir que generalmente no se aprecia la real o verdadera naturaleza de la equidad en el ámbito del sistema del common law. El autor mantiene que:

¹¹ Vale aclarar, sin embargo, que para comienzos del siglo XVII la resistencia natural de la judicatura tuvo que ser ponderada por los soberanos, razón ésta explicativa de por qué la Equity no subordinó por completo al common law (David, 2010, p. 223)

[G]eneralmente no es apreciado -y debe apreciarse- que desde la misma naturaleza de sus orígenes, la equidad asume al derecho: no vino a derrotar al common law, sino a complementarlo, a cumplirlo (...) Estas consideraciones conducen al resultado de que una persona que tiene un derecho de equidad a la propiedad, tiene algo menos de validez que quien adquiere un derecho legal a la misma propiedad (...) (p. 32)¹²

Para el siglo XVII, el rodaje de la Corte de la Cancillería ya había permitido, como fue señalado al pasar anteriormente, que se sistematizaran determinadas prácticas bajo el imperio de la Equity. Allí es que se sanciona el cuerpo de reglas de equidad denominado *Bill of Peace*, cuerpo que se muestra como primer antecedente concreto de las contemporáneas acciones de clase¹³. Enseña Spence (2002), que generalmente la doctrina señala al caso *Brown v. Vermuden* como el primer precedente reportado de acciones de clase de la Corte de la Cancillería Inglesa, y éste data del año 1676. El caso trató sobre el reclamo que realiza el vicario de Worselworth que, encontrando sus finanzas en caída, pudo identificar que su problema correspondía a la falta de pago de diezmo de mineros de la ciudad minera Derbyshire. Los mineros, en defensa, fueron representados por cuatro representantes de los cuales ninguno era el dueño de la mina, Mr. Vermuden. Éste, a partir del resultado negativo por parte de la defensa de los mineros

¹² Empero, tampoco es menos cierto que desde antiguo haya existido una fuerte puja de poder subyacente entre el sistema del common law y la Equity, representada ésta por la lucha entre el parlamentarismo inglés (que apoyaba a la judicatura del common law como medio de límite al soberano) contra el monarquismo absoluto que era, naturalmente, proclive a sostener el progreso de la Corte de la Cancillería junto con las reglas de la Equity.

¹³ Sin embargo, no faltan estudios -de amplia profundidad- que demuestran el nacimiento de estos litigios ya en el siglo XII. Así demuestra Yeazell (1997), citado por Spence (2002), que el ejemplo más temprano de lo que el autor denomina "group litigation" es el caso *Master Martin Rector of Barkway v. Parishioners of Nuthampstead* que data de finales de siglo doce. Marcin (1974) en un trabajo denominado "Searching for the Origin of the Class Action" -también citado por Spence (2002)-, encuentra en un caso *Discart v. Otes* el primer precedente de acciones de clases, el cual data del año 1309.

representados, arguye de que no se encontraba obligado por la sentencia recaída en dicho proceso toda vez que no había formado parte en el caso y que, en este contexto, no pudo apelar la decisión final. Señala Spence (2002) que el canciller, en respuesta del quejoso Mr. Vermuden, argumentó que de no ser obligado por tal decisión litigios como los presentados allí y análogos serían imposibles de atender por su numerosidad. De estas primeras actuaciones se observa que se empieza a desprender uno (aunque no el único) de los fines más clásicos y reconocidos por los litigios de agregación o acciones colectivas, la economía judicial o *judicial economy*; parece ser que ya en este primer caso, *Brown v. Vermuden*, la perspectiva adoptada por la Corte de la Cancillería apuntaba hacia estos objetivos. Pero además, y resulta señero el caso mencionado, se entendió que si la acción ante el tribunal de equidad procedía como un Bill (petición) of Peace, lo resuelto en ese caso sería vinculante para todos los miembros de la multitud, fuera que aparecieran o no en el caso.

En definitiva, el Bill of Peace permitió que la Court of Chancery decidiera con efectos definitivos sobre una pluralidad de sujetos conectados, en el caso reseñado, por identidad de causa. Pulles García (2007) -citado en un trabajo de Ríos Muñoz (2017)- menciona que:

En el Bill of Peace, hacia los siglos XVI y XVII, la Court of Chancery había desarrollado un remedio procesal que permitía al tribunal de equidad entender en una acción promovida por representantes de un grupo, si la parte podía acreditar que la cantidad de personas involucradas en el conflicto era tan grande que hacía imposible o impracticable la acumulación de todas las acciones o la acumulación de todas las defensas, exigiéndose además que los integrantes del grupo poseyeran un interés común en la materia sometida a decisión judicial y que las partes que se presentaban por la clase representaran adecuadamente a los ausentes, que fueran mencionados como actores o demandados. (García Pullés, 2007, p. 623)

En la Búsqueda de explicaciones al paradigma procesal... | Alejandro Monzani

Finalmente y sin ánimos de adelantar conclusión alguna, y al solo efecto de mantener una línea metodológica, podemos mantener con cierto grado de certeza que la Corte de la Cancillería (Court of Chancery) -bajo el sistema de la Equity- aparece con una lógica fuertemente disruptiva desde el plano institucional, en contraste con el tradicional common law en sentido estricto. Y es en esta situación de antítesis que presenta el sistema de la Equity en el que se gestan las primeras acciones de clase mediante el ya mencionado Bill of Peace. Con esto dicho, podemos resaltar con cierto grado de certeza que las primeras acciones colectivas se gestan bajo los siguientes tres parámetros que hemos podido identificar:

a- Las acciones de clase se gestan en el contexto en que se dan situaciones conflictuales (conflictos colectivos) que actúan como artífices de la necesidad de nuevas vías procesales, pues hasta ese momento la judicatura carecía de respuesta adecuada (o jurisdicción eficaz) para atender a esta tipología colectiva conflictual;

b- La respuesta a estas situaciones conflictivas que no eran atendidas por los tradicionales canales de acceso a justicia, fue flexibilizar el rigorismo formal del sistema de writs y del common law en general, surgiendo el sistema de la Equity como canal de recepción. Es decir se planteó un escenario en donde la flexibilización del rigorismo procesal dado por el sistema de la Equity actuó como medio de apertura a la tutela judicial de conflictos colectivos;

c- Entre los motivos del reconocimiento de las acciones de clase se encuentra como uno de los argumentos centrales, el que estas dotan de un método de celeridad, economía y concentración en la tutela judicial, es decir, de economía judicial (*judicial economy*).

III. Relaciones entre el sistema procesal colectivo argentino y el primigenio sistema inglés de acciones de clases: la flexibilización como núcleo común

En el presente apartado dedicaremos la atención al análisis de las características generales que presenta el paradigma de

las acciones colectivas derivadas del confronte de sendos sistemas (es decir, el primigenio sistema anglosajón y el sistema argentino) en búsqueda de relaciones que permitan explicar parcialmente el paradigma colectivo. Metodológicamente utilizaremos dos de los tres (a los fines de concentrar el análisis¹⁴) ejes que hemos descripto en el apartado anterior (inc. b y c) relativos a las características que se destacan de las acciones de clases primigenias del derecho inglés. También vale aclarar, nuevamente, que el análisis realizado es parcial, pues se deja de lado el contexto socio-histórico y axiológico¹⁵ que motiva en rigor los diferentes procesos que se desatan en el mundo jurídico.

IV.A) La flexibilización del rigorismo procesal como medio de apertura a la tutela judicial de conflictos colectivos

Como fue analizado oportunamente, el common law -en sentido estricto, es decir, dejando de lado a la Corte de la Cancillería- se estructuraba primigeniamente bajo un sistema de acceso formal y rígido mediante los denominados writs. El conflicto de clase no encuadraba en ninguna de estas llaves de acceso para el tratamiento jurisdiccional, necesidad que, eventualmente, recepto el sistema de la Equity. En rigor, y como ya se ha desarrollado, existieron variados tipos de reclamos que no encontraban tratamiento a causa de la rigidez del sistema de writs, que provocarían, paulatinamente, el surgimiento de la Court of Chancery como tribunal que receptaba reclamos no procedentes a causa de la estricto rigorismo de las cortes del common law; es decir, no fue únicamente la acción de clase

¹⁴ Al respecto de la vinculación entre conflictos colectivos y administración de justicia (inc. a) ver: Gianinni y Verbic, 2017; Salgado, 2011; Lorenzetti, 2017; Habermas, 1987; entre otros.

¹⁵ Ello en respeto de la teoría trailista como explicación del mundo jurídico del célebre Werner Goldschmidt (1985). También en el estudio del trialismo jurídico ver: Ciuro Caldani, C.M. (1976). *Derecho y política*. Buenos Aires: Depalma; Ciuro Caldani, C. M. (2007). *Metodología Dikeológica*. Rosario: Fundación para las investigaciones Jurídicas; entre otros.

la impulsora del tribunal de equidad, mas si es cierto que se inscribió en la lógica de resolución “alternativa” al tradicional método procesal del common law. Lo interesante a destacar es que las acciones de clase se presentan bajo la lógica disruptiva del tradicional acceso a la justicia que en aquella época, dicho acceso, estaba representado por el writ. Es señero lo dicho en un caso *Wallworth v. Holt* (1841) -mencionado por Gilardi Mada-riaga de Negre (2012, p. 79), citando a trabajo realizado por Alterini (2009)- en el cual la Court of Chancery proclamo que:

[E]s deber de esta Corte adaptar sus prácticas y el curso del procedimiento al Estado actual de la sociedad y no ser demasiado estricta en adherir a formas y reglas (...) para negarse a administrar justicia y hacer valer los derechos para los cuales no hay otro remedio.

Este fragmento permite resaltar de forma clara la postura tomada por aquel tribunal; postura que fue tendiente a flexibilizar el tradicional acceso a justicia, so pretexto de proveer justicia a conflictos que no encontraban solución por la vía procesal tradicional de aquel sistema judicial. Esta misma necesidad de flexibilización -verificada en el antiguo sistema anglosajón- se repite en el caso argentino. En este último, la cuestión del acceso por existencia de causa judicial viene a ser el remplazante de lo relativo al sistema de writ en el sistema inglés. Es decir, el impedimento que se constituyó en el ordenamiento argentino también fue relativo al tema de acceso a la justicia. Mientras que en el sistema inglés se trataba del sistema de writs y su formalismo (en tanto método de impulso y acceso a la justicia del common law), en Argentina el problema pasó (discusión lejos de finalizada) por el tema de la legitimación *ad causam* y, eventualmente, *ad procesum*, que no fue reconocida normativamente hasta la reforma constitucional del año 1994 (junto con normas dispersas y especiales en materia como la Ley General del Ambiente 25.675, art. 30; o la legitimación prevista en el ordenamiento de Defensa del Consumidor 24.240 -con su reforma de ley 26.361- en el art. 52 y siguientes), y con mayor vigor a partir de los citados precedentes *Halabi y Mendoza*. En

otras palabras, al igual que los writs en el sistema inglés, la falta de reconocimiento de legitimación para reclamar en nombre de una clase (por entenderse que no se encuadraba en supuesto de afectación a derecho subjetivo alguno, y por ende inexistencia de causa judicial) constituyó un impedimento que paulatinamente nucleó los reclamos para flexibilizar el mecanismo de acceso a justicia en procura de aceptar a conflictos de clases. Si bien el sistema de writs inglés no impedía el acceso a justicia por el hecho de carecer legitimación, sino por falta de adecuación a las formas procesales, entendemos que resulta comparable a la falta de legitimación en el ámbito argentino que, si bien trata sobre materia sustancial del derecho, en los hechos configura un rigorismo formal que funciona como filtro de conflictos susceptibles de ser atendidos por la judicatura; de allí que del fin teleológico de sendas estructuras exista contacto de relación.

Un interesante aspecto a resaltar en el punto de contacto que relaciona a ambas situaciones es la lógica adoptada por parte de la judicatura. El anteriormente citado autor James (1985), al hablar de la evolución del sistema de writs partiendo de su estricto formalismo hasta su flexibilización, trae a colación la postura tradicional y natural del derecho del common law que generalmente se ejemplifica en lo resuelto por el caso *David v. Johnson* por la House of Lords¹⁶, al mantener que:

Finalmente, se debe remarcar que la evolución del sistema de writ provee un claro ejemplo del hecho de que el derecho evoluciona mediante la garantía de remedios a las lesiones más que formulando derechos “abstractos”. El derecho adquirido es resultado del remedio dado. (James, 1985, p. 28)

Enseña Verbic (2017) que esta intelección del derecho, propia del common law (y que difiere del civil law como apuntaremos

¹⁶ La House of Lords actuó, hasta el siglo XXI como tribunal supremo de última instancia. En el año 2009, la judicatura inglesa es reformada parcialmente, y la Corte Suprema, integrada por 12 miembros, es instalada como el órgano máximo de interpretación judicial.

seguidamente) se trata de la famosa fórmula *remedies precede rights*¹⁷. Dice el autor que:

En función de ella, se considera al proceso como un *prius* lógico, configurado por la posibilidad de defender ante un juez una determinada situación necesitada de protección. (...) El derecho (*ius*), mientras tanto, solo se entiende configurado si la situación invocada por el interesado resulta reconocida por el juez como merecedora de tutela. (Verbic, 2017, p. 225)

Por otro lado, el sistema jurídico del civil law o continental europeo (en el cual se inscribe la Argentina) la lógica del derecho se prevé de forma sustancialmente disímil a la anteriormente apuntada del common law. En esta, enseña Verbic (2017) que:

Las normas legales son estudiadas y utilizadas principalmente a través de abstracciones y definiciones de índole dogmática (...). Una de tales abstracciones, sobre la cual se construye gran parte de los sistemas jurídicos que responden a esta tradición, es la noción de derecho subjetivo. (...) Una de las más relevantes *derivaciones que tiene este fenómeno*¹⁸ es que funciona como un condicionamiento a la actuación de los tribunales de justicia y del resto de los operadores jurídicos, quienes asumen que si un sujeto no tiene un derecho reconocido por el derecho positivo, nunca podrá –al menos en principio– tener éxito en el marco de un proceso judicial. (p. 225)

Hemos apuntado anteriormente que el criterio del *common law* (el derecho adquirido es resultado de remedio dado) había sido receptado por la Court of Chancery, y el precedente *Wallworth v. Holt* de fines del siglo XIX era señero en este sentido. Bajo esta intelección el sistema inglés (y en gran medida el derecho anglosajón con sus diferentes matices) ha estructurado

¹⁷ O conocida también bajo el aforismo de "*ubi remedium, ibi ius*".

¹⁸ Cursiva agregada.

la articulación de las diferentes “flexibilizaciones” que venimos comentando (es decir, la paulatina evolución del sistema de writs, la incorporación de las primeras acciones de clase, etc.) a su sistema tradicional de justicia. Peculiarmente el caso argentino, regido principalmente por los lineamientos que señala el profesor Verbic en la cita anterior (esto es bajo la lógica de la consagración de derechos abstractos de corte romanista) parece apartarse -en el caso de acciones colectivas, mediante un actuar decididamente pretoriano en fallos como los ya mencionados *Mendoza* o *Halabi*- de esta tradicional concepción del civil law, para rosar con la intelección del common law. En rigor, esta relación parece mostrarse antes de los mencionados fallos, ya ubicándose en dos casos paradigmáticos en materia de amparo, los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *Siri* (*Fallos* 239:459) y *Kot* (*Fallos* 241:291), en donde el tribunal sostiene la tesis de que “allí en donde haya un derecho consecuentemente hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido”¹⁹. Si bien en los casos del 2006 y 2009 (*Mendoza* y *Halabi*, respectivamente), que actúan como punto coyuntural en el reconocimiento de acciones colectivas en el sistema jurídico argentino, tienen sustento directo en el articulado de la Constitución Argentina (particularmente en el artículo 43 -amparo colectivo-), el máximo tribunal argentino tiende a recoger una situación de vulnerabilidad (de hecho establece parámetros para su configuración y “legisla” en materia con las Acordadas 32/2014 y 12/2016) y provee un remedio al estilo del common law. Ante la inexistencia de legislación alguna en materia, procede a plantear -todo bajo su obra- los requisitos y sistematización primigenia de los procesos colectivos que en general, si bien con sus límites, permite dotar de flexibilización al esquema procesal tradicional a los efectos de dar cabida a acciones colectivas.

¹⁹ A propósito de la comparación, asimilación y paralelismo en torno a la actividad pretoriana desplegada entre los fallos *Siri* y *Kot*, por un lado, y *Mendoza* y *Halabi*, por el otro, José María Salgado ha trazado algunos análisis de esta particularidad (2010, p. 84).

En otras palabras, la actividad de la Corte Suprema Argentina, en esta materia, fue similar en alguna medida a la actividad ejercida por la Corte de la Cancillería del siglo XVII obrando bajo la lógica del *remedies precede rights*. Si bien es cierto que la Constitución Argentina ya había receptado el derecho de incidencia colectiva, no es menos cierto que -ante la mora legislativa- el máximo tribunal argentino reconoció una situación de vulnerabilidad que era meritorio tutelar y proveyó de un remedio (que no escapa de las numerosas observaciones hechas por la doctrina²⁰) que en los hechos constituyó la creación pretoriana de las acciones colectivas. En palabras sencillas la comparación sería la siguiente: a) en el caso del tribunal de equidad inglés: la no procedencia de una acción a causa de su no adaptación a la forma del writ, no es fundamento para dejar sin tutela a una situación que la merece; b) en el caso del tribunal máximo argentino: la mora del legislador no es fundamento para dejar sin tutela a una situación que la merece. Se trata finalmente, en ambos, de una actitud proactiva de tribunales que, además, se caracteriza por flexibilizar el paradigma procesal vigente hasta ese momento.

IV.B) Reconocimiento de acciones de clase como método de celeridad, economía, concentración y uniformidad de criterios en la tutela judicial

En este punto trataremos uno de los fines o mandatos teleológicos que existe en los fundamentos de aceptar un nuevo proceso a costa de apartarse de las formas tradicionales vigentes que, como veremos, se repitió tanto en el contexto del tribunal de equidad inglés del siglo XVII, como en el sistema argentino contemporáneo²¹.

²⁰ Ver en este sentido lo dicho por Giannini y Verbic (2017, p. 27 en adelante).

²¹ Sin embargo, no es éste el fin exclusivo de la consagración de mecanismos jurisdiccionales colectivos. Constituye uno de los pilares aun interpretativos de su función, pero no se erige como el único. Se destacan, entonces al menos 5 finalidades que, en rigor, constituyen el argumento central del “¿por qué?” de los procesos colectivos: a) Promover el acceso a la

Como hemos puesto de relieve oportunamente, el primer caso que generalmente se señala como primer precedente en materia de acciones de clases (*Brown v. Vermuden*) tuvo la peculiaridad de que parte de su fundamentación estuvo situada en la búsqueda de facilitar la concentración y economía procesal²². En rigor de verdad, la doctrina que ha trabajado en recuperar estos antecedentes (Marcin, 1974, p. 516) indica que si bien se lo coloca como el primer precedente de acciones de clases, el contenido de la decisión de carácter eclesíástica dista mucho de lo que se esperaría encontrar tratándose de un nuevo proceso. De hecho, señala Marcin (1974, p. 516), del tono del lenguaje utilizado por el Lord Chancellor parece asumirse que las acciones de clases ya habían sido reconocidas en el pasado. Empero, más allá de esta particularidad, peculiarmente existe un párrafo en dicha resolución que resulta -para el presente análisis- más que útil traer a colación, toda vez que en este se pone de relieve la utilidad que reconoció aquella corte del siglo diecisiete en permitir que la acción de clase sea obligatoria para los miembros ausentes (se trataba del caso del Mr. Vermuden) pero que implícitamente da por reconocida a la acción de clase propiamente. El fragmento se traduce de su original a continuación:

Si el defendido [Mr. Vermuden] no fuera alcanzado [por los efectos de la sentencia], demandas de esta naturaleza, como en los casos de cercado, demandas contra los habitantes por demanda a molino, y similares, serían infinitas e imposibles de ser finalizadas²³.

justicia; b) Eficiencia y efectividad de la judicatura o como lo denomina la doctrina anglosajona el "*Judicial Economy*"; c) Modificación de conductas ("*Behaviour modifications*"); d) La obtención de soluciones igualitarias en conflictos repetitivos o estructurales; e) Participación en tratamiento de conflictos colectivos. Ver en este sentido a los profesores: Giannini y Verbic (2017); Lorenzetti (2017); Verbic (2017); Salgado (2010 y 2011); etc.

²² Desde luego que ninguno de estos términos, v.gr., "celeridad", "economía procesal", y similares, fue utilizado en la antigua forma de escribir eclesíastica-anglosajona.

²³ Conf. *Brown v. Bermuden*, Court of Chancery, Inglaterra, 1676; referencias: [1676] EngR 69, (1676) 1 Chan Cas 282, (1676) 22 ER 802 (A). (Traducción propia).

En la Búsqueda de explicaciones al paradigma procesal... | Alejandro Monzani

Véase como se pone de relieve, ya en esta primigenia instancia, la necesidad de proveer un resultado de efectos vinculantes aun a las partes ausentes del procesos de clases, pero que en rigor tiene un contenido finalista certero: la economía en el tratamiento de un caso que, de no ser tratado de tal forma, sería impracticable por la cantidad de demandas que podrían devengarse con un idéntico objeto. En una misma línea, apunta Marcin (1974, p. 519) citando a Chaffe (1950), que el dispositivo del Bill of Peace proveyó una solución a la estructura de la Corte de la Cancillería: evitar la multiplicidad de demandas. Explica el citado autor, siguiendo a Chaffe (1950), que el firme deseo del Lord Chancellor en evitar la multiplicidad de demandas explica la voluntad que ha tenido el sistema de la equidad de permitir que los miembros ausentes fueran obligados, como en el caso *Brown v. Vermuden*, lo que consecuentemente provee las bases del nacimiento de las acciones de clases. En síntesis, aún desde el caso que ha tomado la doctrina como punta pie inicial de las acciones de clases una de las finalidades subyacentes ha sido, y se repite en nuestros días, la de proveer celeridad y concentración en el tratamiento de demandas por o contra clases. De ello deriva que de adoptarse una tesis contraria la judicatura se vería sobrepasada materialmente por la cantidad de reclamos que, finalmente, tendrían un mismo objeto

En la experiencia argentina uno de los fundamentos que sustenta el progresivo desarrollo de las acciones colectivas, explica Lorenzetti (2017, p. 33), es la eficiencia económica y procesal. De allí que no hay duda, en principio, que es mejor concentrar en un solo proceso una decisión que afecta a grandes grupos (Giannini, 2007). Explica aquel autor que:

En cuanto a los costos económicos vinculados directamente con el proceso, la realización de miles de juicios individuales genera más demoras, mayores costos legales a cargo de los actores y demandados, mayores gastos en infraestructura judicial y mayor consumo de tiempo para la terminación de todos los pleitos. (Lorenzetti, 2017, p. 33)

En razón de procurar la eficiencia y economía procesal, la Corte Suprema argentina, haciendo uso de potestades cuasi-legislativas, sancionó la Acordada 34/14 (citada anteriormente) que crea el Registro de Acciones Colectivas como medio para “evitar el escándalo jurídico que podría representar el dictado de decisiones contradictorias en causas conexas o superpuestas y a lograr la economía procesal que mejor se ajuste a un adecuado servicio de justicia” (del considerando 7° del voto de la mayoría en el fallo “*Municipalidad de Berazatagui c/ Cablevisión S.A.*”). Este es un claro ejemplo de que la concentración y economía procesal, en tanto presupuestos de un adecuado servicio de justicia, estuvo en mente de la actividad pretoriana ejercida por el tribunal altanero argentino.

Sin embargo, si bien el tratamiento de este tipo de procesos tiene el efecto positivo anteriormente apuntado, no es menos cierto que la doctrina haya encontrado ciertos efectos “adversos” a la incorporación de las acciones colectivas, entre ellos y de forma meramente ejemplificativa: conflictos de competencias entre magistrados intervinientes, incremento de litigiosidad, reparto no equitativo de los fondos de reparación, problemas de logística judicial²⁴, entre otros.

En definitiva, y sin desviarnos del objeto del presente trabajo, se puede observar que tanto en el primer caso de acciones de clases del sistema de equidad inglés, y el joven sistema de acciones colectivas del ordenamiento jurídico argentino, si bien con sus matices propios correspondientes a contextos normativos y sociológicos disímiles, se comparte una misma línea: flexibilizar el tradicional sistema procesal (en ambos casos mediante el reconocimiento de acciones colectivas) a los fines de tratar una pluralidad de demandas con un mismo objeto que, de lo contrario, provocaría una sobrecarga y hasta a veces la imposibilidad del tratamiento judicial; en líneas gruesas, proveer un tratamiento unificado en procura de la concentración, economía y eficiencia procesal.

²⁴ Todos ellos desarrollados por Lorenzetti (2017, p. 33 y sig.)

IV. Conclusiones: flexibilización del rigorismo formal procesal como parte del “germen” de los conflictos colectivos

Finalmente, pasaremos a realizar algunas conclusiones que resultan del confronto de los ordenamientos jurídicos estudiados. Aclaramos que ninguna de ellas se pretende como conclusión acabada o exenta de reparos, toda vez que, como hemos mencionado al iniciar este trabajo, se pretenden como meras aproximaciones parciales entendidas o programadas como aporte al armado sistemático de una teoría general del proceso colectivo.

En primer lugar podemos sostener que el fenómeno del litigio colectivo se presentó, tanto en el ordenamiento inglés del siglo XVII como en el ordenamiento argentino, como un paradigma procesal que significó un cambio del sistema procesal con el cual las judicaturas venían administrando justicia. Entendemos que como característica central, este cambio se estructuró -de manera más o menos agresiva- mediante flexibilizaciones de estándares o formas del proceso, a los fines de poder entender en los casos colectivos. En el caso inglés, esta flexibilización fue dada por el hecho de que las acciones de clase se tramitaran por un tribunal de equidad (Court of Chancery) que en lo fundamental se caracterizó por apartarse del espíritu procesalmente rígido que tenía el common law en sentido estricto. Este hecho tiene significativa relevancia a la hora de tratar de entender cualitativamente el fenómeno verdaderamente revolucionario que tiene el proceso colectivo argentino en el proceso tradicional. Aún en el siglo XVII, en un sistema completamente diferenciado al romanista adoptado por la mayoría de los países sudamericanos, el carácter colectivo de los litigios llevó a adoptar una postura radicalmente diferente al dogma de las formas procesal fuertemente enraizado en el proceso tradicional inglés. Desde ya que esto constituye un análisis parcial de las causas múltiples que llevaron a adoptar un sistema diferencial (a esto se debería sumar la lucha entre

intereses subyacentes entre el sistema del law y el sistema de la Equity; la situación socio-histórico que motivo en parte la recepción de acciones de clase; la influencia y puja entre el sistema del civil law y el sistema del Common Law; etc.)

En el caso argentino, la flexibilización estuvo presente en el hecho del reconocimiento de una legitimación extraordinaria a los fines de la tutela de un derecho de incidencia colectiva; empero también podríamos señalar -aunque escapa del presente trabajo- que este fenómeno al cual denominamos “flexibilización” (a falta de otra palabra más genérica) puede evidenciarse desde un aspecto institucional, en el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya creado pretorianamente remedios procesales, o bien que haya “legislado” en esta materia, hecho que resulta manifiestamente peculiar teniendo en cuenta que este tribunal representa al Poder Judicial mas no al Legislativo.

Además no podemos dejar pasar en alto que esta flexibilización, en tanto producto de la incorporación del paradigma procesal colectivo, significó una multiplicidad de nuevas intelecciones del proceso civil. En el caso argentino, la dilatación-expansión de legitimación, el ejercicio de un prudente activismo judicial, la incorporación de tutelas diferenciales, la incorporación de audiencias públicas, el menguamiento del principio dispositivo²⁵, el remplazo del litigio bilateral por la lógica de procesos policéntricos (Lorenzetti, 2017, p. 256), los alcances de las sentencias colectivas, entre muchas otras características susceptibles de ser enunciadas, la maleabilidad de plazos procesales y de institutos procesales de acuerdo a las circunstancias de las actuaciones en particular, son todos ejemplos de esta flexibilización que venimos mencionando.

El carácter colectivo parece contener un “germen” que se identificó tanto en las primeras acciones de clase del sistema

²⁵ Al respecto, Gidi (2012) enseña que la mayoría de los países latinoamericanos no aceptarían que sus nacionales sean obligados por sentencias dictadas en donde estos sujetos no fueron hechos partes, y ello se debe, entienden el autor, a que la mayoría de los países del “Civil Law” están estructurados bajo la premisa del principio *dispositivo* (p. 903-904)

inglés del siglo XVII como también se identifica en los procesos colectivos argentinos: el carácter colectivo contiene un mandato que lleva a repensar y replantear las instituciones procesales, obligando al operador jurídico a adoptar una actitud revolucionaria ante las formas más tradicionales, en procura de metas que trascienden el mero esquema conflictual bilateral. Este “germen” de lo colectivo demuestra que la forma del derecho impacta de lleno en la tutela de la sustancia del derecho. De allí que sea necesario hacer maleable a las formas procesales porque ellas hacen, en definitiva, a la eficacia del derecho. En este sentido entendemos que es obligación del operador jurídico adoptar la intelección de que la tutela de los intereses individuales o colectivos no viene dada por la mera fijación de derechos abstractos si esta no viene acompañada de igual forma por el desarrollo de remedios *eficaces*.

En síntesis, el “germen” de lo colectivo, que en el presente análisis se identificó como la “flexibilización” del rigorismo procesal, ya estuvo presente en el nacimiento de las acciones de clases, por lo cual prevemos que misma postura requerirá del operador jurídico a la hora de seguir tratando a los conflictos de la posmodernidad. Se deriva, finalmente, que si el “germen” tiene contenido revolucionario nuestro pensamiento para con las nuevas formas procesales debe ser igualmente revolucionario; para los conflictos que traiga aparejada la posmodernidad hará falta, entonces, un pensamiento igualmente posmoderno.

Bibliografía

- Bidart Campos, G. J. (1998). *Manual de la Constitución Reformada, Tomo II*. Buenos Aires: Ediar.
- David, R., & Jauffret-Spinosi, C. (2010). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (11a ed.). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Galdós, J. M. (2011). La causa “Halabi” de la Corte Suprema. *Revista Jurídica del Centro*(1).
- García Pullés, F. (2007). El Proceso de Clase. Herramienta implícita en el sistema jurisprudencial argentino. Necesidad de

- regulación. Una propuesta racional. En VVAA, & C. J. (dir.) (Ed.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo* (Vol. II, pág. 623). Buenos Aires: La Ley.
- Gellí, M. A. (2006). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada* (3 ra ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Giannini, L. J. (2007). *La tutela colectiva de los intereses individuales homogéneos*. La Plata: Platense.
- Giannini, L. J. (2015). La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P.*, 294-314.
- Giannini, L. J. (2018). Análisis crítico de anteproyecto de ley de procesos colectivos del Ministerio de Justicia de la Nación. *La Ley*. También disponible y obtenido on-line en: https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2018/07/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-del-Anteproyecto-de-Ley-Procesos-Colectivos_Giannini.pdf
- Giannini, L. J., & Verbic, F. (2017). *Los Procesos Colectivos y Acciones de Clase en el Derecho Público Argentino, estudios sobre la tutela de derechos de incidencia colectiva en el sistema federal argentino, bases para una reforma de la justicia colectiva*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni.
- Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gidi, A., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2004). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Prorrúa.
- Gidi, A. (2012). The Recognition of U.S. Class Action Judgments Abroad: The Case of Latin America. *Brooklyn Journal of International Law*, 894-957.
- Gilardi Madariaga de Negre, C. (2012). La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas - Las acciones de clase. En M. A. Bruno Dos Santos, *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo* (págs. 65-84). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

- Goldschmidt, W. (1985). *Introducción Filosófica al Derecho, la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Depalma.
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la Acción Comunicativa II: Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus.
- James, P. S. (1985). *Introduction to English Law*. London: Butterworths.
- Lorenzetti, R. L. (2017). *Justicia Colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Marcin, R. B. (1974). Searching for the Origin of the Class Action. *Catholic University Law Review*, 515-524.
- Ovejero Silva, B. (2018). Los fundamentos del Common Law. Una introducción al sistema jurídico anglo-americano. *La Ley*.
- Ríos Muñoz, L. P. (2017). Los procesos colectivos, una histórica de clases. Aproximación histórico-normativa. *El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, 159-170.
- Salgado, J.M. (2010). *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni
- Salgado, J. M. (2011). *Tutela Individual Homogénea*. Buenos Aires: Astrea.
- Spence, S. T. (Julio-Agosto de 2002). *Looking Back...In a Collective Way*. Obtenido de American Bar Association: <http://apps.americanbar.org/buslaw/blt/2002-07-08/spence.html>
- Timparano, A. R. (2012). Acciones de Clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente. En M. A. Bruno Dos Santos, *Una mirada desde el fuero Contencioso Administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo* (págs. 289-304). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Verbic, F. (2017). Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase. En AAVV, *Diálogo multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica* (págs. 219-366). Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA.

Novedades Legislativas

*Eduardo Baldi*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 402-408

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e282>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3933-2611>

Nación

Ley N° 27.501. Reforma a la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres. Sanción del acoso callejero

La iniciativa tipifica al acoso callejero como delito en el Código Penal y modifica la Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres N°26.485.

La norma establece penas contra las ofensas a las mujeres que tengan lugar “en espacios públicos o de acceso público, transportes y centros comerciales”. Asimismo, define este tipo de violencia como “aquella ejercida contra las mujeres por una o más personas a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, con connotación sexual, que afecten o dañen su dignidad, integridad, libertad, libre circulación o permanencia, o generen un ambiente hostil u ofensivo”.

También, prevé una línea telefónica para dar asesoramiento ante estos casos e “insta a las fuerzas de seguridad a actuar en protección de las mujeres en espacios públicos cuando se vieran afectadas por este tipo de delitos”.

¹ Abogado (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. E-mail: eduardoabaldi@hotmail.com

Decreto N° 233/2019. Creación del Comando General Electoral para custodiar las Elecciones Nacionales

A través de la norma, se le asignan las funciones de coordinación y ejecución referentes a las medidas de seguridad que establece el Código Electoral Nacional. Se establece que esta fuerza trabajará en *“la vigilancia de los locales donde funcionen las mesas receptoras de votos, de las sedes e infraestructuras destinadas al ingreso y procesamiento de datos para el recuento provisional de resultados (...), de las sedes de los Juzgados Federales con Competencia Electoral y Juntas Electorales Nacionales de cada distrito, la custodia de las urnas así como la documentación durante su transporte y hasta la finalización del escrutinio definitivo en cada distrito”*.

Por otra parte, la norma prevé que el Ministerio de Defensa destinará los efectivos del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea que sean necesarios. Asimismo, el Ministerio de Seguridad hará lo mismo con agentes de la Gendarmería, Prefectura, Policía de Seguridad Aeroportuaria y Policía Federal. Los gobiernos provinciales y de la ciudad de Buenos Aires también destinarán efectivos de sus respectivas fuerzas.

Decreto N° 258/2019. Creación de un plan anticorrupción 2019-2023

Se basa en artículos de la Constitución Nacional y en varias convenciones ratificadas por el país. Estará a cargo de la Oficina Anticorrupción que deberá crear un consejo asesor de carácter ad honorem para el seguimiento del plan. Mediante un extenso anexo, en el que se detallan diversas políticas desarrolladas por el Gobierno en estos últimos tres años y lineamientos a futuro para lograr objetivos de lucha contra corrupción” para “consolidar y profundizar el camino de la transparencia, la integridad, el fortalecimiento institucional y la rendición de cuentas” en la administración pública.

Decreto N° 259/2019. Reglamenta Código Electoral. Elimina listas “colectoras”

La norma prohíbe que en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, y en las elecciones generales, se incluya en las distintas secciones de la boleta a agrupaciones que tengan diferente denominación.

Dicha regla se exceptúa para el caso en que no participen agrupaciones de igual denominación en todas las categorías de cargos a elegir, en las que se podrá adherir la boleta a listas de una única agrupación política de orden nacional de diferente denominación.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2019. Sustitución de la Ley de Lealtad Comercial (N°22802)

El citado Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) aprueba una nueva Ley de Lealtad Comercial. El objetivo de la norma es “*asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados*” y establece sanciones ante su incumplimiento.

El texto prevé que: “*Están prohibidos los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar. No será necesario acreditar la generación de un daño, pudiendo éste ser actual o potencial*”.

Asimismo, define a los mismos como “*toda acción u omisión que, por medios indebidos, resulte objetivamente apta para afectar la posición competitiva de una persona o el adecuado funcionamiento del proceso competitivo*” y describe 13 conductas que se consideran contrarias a la lealtad.

La autoridad de aplicación será la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo. Ante una violación a lo previsto por la ley podrá establecer la clausura del establecimiento comercial por hasta 30 días o multas por un monto equivalente a 1 y 10.000.000 de Unidades Móviles (UM),

valor que será actualizado automáticamente cada año en virtud de la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) que publica el Indec. Las multas pueden llegar hasta los \$200 millones.

Decreto N° 343/2019. Convocatoria a elecciones nacionales y ratificación de las fechas del calendario electoral que habían sido informadas

Las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) serán el 11 de agosto, mientras que el 27 de octubre serán los comicios generales para elegir a presidente, vicepresidente, diputados y senadores. En caso de un eventual balotaje este tendrá lugar el 24 noviembre.

“El Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, a través de la Dirección Nacional Electoral, adoptará las medidas necesarias para la organización y realización de los comicios objeto de la presente convocatoria”, expresa el decreto.

Además, incluye un anexo que clarifica cuáles son los cargos legislativos nacionales que se elegirán este año en cada distrito.

Resolución N° 234/19. Ministerio de Seguridad. dispone la creación de la Unidad de Garantía de los Derechos Humanos de las Fuerzas Policiales y de Seguridad bajo la órbita de la Dirección de Violencia Institucional

La misma tiene por objetivos, entre otros, relevar información y producir estudios de diagnóstico que permitan identificar las fortalezas y debilidades de la normativa relativa a la protección de los derechos humanos de los efectivos de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales y contribuir a fortalecer la cultura del respeto y el ejercicio de los Derechos Humanos a través de la formación, promoción y difusión de los derechos humanos en las distintas etapas de formación y capacitación de los efectivos de las Fuerzas Policiales y de Seguridad Federales.

Resolución Conjunta N° 4458/19 del Ministro de Producción y Trabajo y del Administrador Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Actualiza el Régimen de Exportación Simplificada denominado “EXPORTA SIMPLE”

El mencionado régimen tiene por objeto facilitar las operaciones de exportación de menor cuantía con fines comerciales.

Resolución N° 395/19 del Ministerio de Seguridad. Habilita el uso de armas electrónicas (Taser)

El Ministerio de Seguridad de la Nación habilitó la utilización de pistolas Taser, al aprobar el Reglamento General para el empleo de armas electrónicas no letales por parte de los miembros de las Fuerzas de Policiales y de Seguridad Federales. Las mismas son conocidas popularmente bajo el nombre de Taser.

Provincia de Buenos Aires

Ley N° 15.134. Ley Micaela bonaerense que establece capacitación obligatoria en género para los tres poderes del Estado

Replica a la Ley Nacional N° 27499, sancionada a fines de 2018, y tiene como objetivo de sensibilizar a quienes integran los diferentes estamentos del Estado Provincial para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer

Decreto N° 266/2019. Reglamenta la ley N° 14848 de paridad de género para la conformación de las listas electorales

La norma dispone que la conformación de listas deberá estar integrada por candidatas y candidatos de manera intercalada, en forma alterna y secuencial, en la totalidad de la lista, de modo tal que no haya dos personas continuas del mismo género en una misma lista.

Asimismo, prevé que si al conformar la lista definitiva, según el resultado de la elección primaria, no se cumpliera con los requisitos de conformación paritaria, la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires intimará a la agrupación política a

que la reordene en el término de 48 horas contado a partir de la notificación de dicha intimación.

Decreto N° 268/2019. Fija las fechas de las elecciones de autoridades bonaerenses

Se convoca a elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para el 11 de agosto, mientras que las generales serán el 27 de octubre. Las fechas coinciden con las dispuestas para la elección de cargos a nivel nacional.

Decreto N° 270/19. Nueva prórroga de la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos

Mediante el dictado de esta norma, se prorroga por el período de un año y por única vez, la emergencia en materia de infraestructura, hábitat, vivienda y servicios públicos, que fuera establecida mediante la Ley N°15.022 en el año 2018, y previamente declarada mediante la Ley N° 14.812 y prorrogada por el Decreto N° 52/17.

La emergencia en diversas materias en la provincia de Buenos Aires, es un tema que nos acompaña durante los últimos años.

Resoluciones N° 618 y 619/2019 del Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos. Aumento de peajes

Las mencionadas resoluciones aprueban los nuevos cuadros tarifarios, que incluye aumentos de alrededor del 33% en los peajes de la Autopista Buenos Aires - La Plata y de las rutas del Sistema Vial Integrado del Atlántico, que comunican gran parte de la costa bonaerense.

Los aumentos se establecen luego de haberse realizado las correspondientes audiencias públicas los días 19 y 20 de marzo en la ciudad de La Plata, capital de la provincia, y establecen un valor de \$100 (\$120 para fines de semana y temporada de verano) para los peajes de Samborombón y Maipú, en la Ruta 2; y, un valor de \$66 (\$84 en hora pico) en la estación de peaje

Hudson, en la Autopista Buenos Aires La Plata, sentido a Capital Federal.

Resolución Conjunta n° 1/19 de los Ministros de Desarrollo Social y de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia. Establece una bonificación en la tarifa eléctrica para clubes de barrios y pueblos

Mediante el dictado de esta norma, se establece una bonificación del 30% de los conceptos eléctricos facturados a los Clubes de Barrio y de Pueblo radicados en la provincia y encuadrados en las categorías tarifarias Pequeñas y Medianas Demanda y Pequeñas Demandas Rurales, a partir del 1° de mayo de este año o desde el primer día del mes en el que acrediten el cumplimiento de los requisitos.

Esta sección se realiza gracias al invaluable aporte de Palabras del Derecho:

www.palabrasdelderecho.com.ar

Instagram: palabrasdelderecho

www.facebook.com/palabrasdelderecho/

Twitter: @palabrasdelderecho

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA



Misericordias

Sobre la causa "Ortiz Cristian Gustavo s/ Robo en grado de tentativa" Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 (Causa 5063)
Prov. de Bs. As. - Flagrancia.

Mi libertad la perdí hace rato
Porque vos me necesitás
No te importa el hambre, no haces caso
Tu verdad, y atrás de ella, un expediente armás.
La desesperación y la miseria me hicieron temer
Vi su cara de dolor, impotencia y resignación
Mi madre, con el bagre estrujado de no tener ni pa' entretener
Yo sin laburo, desesperado y con desazón
Entre la libertad condicional y esta mísera situación
Con mucho de eso que no sé si es temor,
De volver al banquillo, ese que a otros suele complacer,
Me entoné unos tintos y al pichón llamé
Y pensé: esto es rápido, un currito, una tramitación.
Mi libertad la perdí hace rato
Vengo del basurero que este sistema marginó
Vos me desprecias Pero fisurado y con hambre me necesitás.
Pase mi vida entera como un huracán
Dejé la escuela de los chetos y me apronté a la de verdad
La calle enseña y no creas que solo maldad,
Vi a muchos mirar con ojos de solidaridad
Pero muchos otros con el dedo señalarán
Sin mirar que pudieron ser ellos
Y que tuvieron fortuna de estar donde están
Yo no sé quién soy, yo no sé quién sos
Pero me estás encerrando por esta confusión
Hoy en casa la mesa queda servida y sin sustentación
¿quién es el delincuente? Me diste en el corazón.

Autora: *Florencia Ronco*

Arte de la portada: *Eleonora Burry*

Enseñar religión en la escuela: Aproximaciones a una noción de libertad de conciencia que abarque la enseñanza privada a la luz del fallo “Castillo”

*Teaching religion in school: approaches to a
notion of freedom of conscience that encompasses
private teaching in light of the “Castillo” ruling*

*Ensinar a religião na escola: Abordagens a uma
noção de liberdade de consciência que abrange
a educação privada à luz da sentença “Castillo”*

*Enseigner la religion à l'école: des approches vers
une notion de liberté de conscience qui englobe
l'enseignement privé, à la lumière du jugement
“Castillo”*

Ramiro Manuel Fihman¹ | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 411-431

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e283>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6999-6473>

Recibido: 29/03/2019

Aprobado: 18/05/2019

Resumen: El fallo “Castillo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del año 2017, constituye un precedente relevante para Argentina en materia de libertad religiosa. A grandes rasgos determinó que no está permitida la enseñanza religiosa en escuelas públicas durante horario de clase. Sin embargo, no parece estar demasiado claro por qué la prohibición de enseñar religión en la escuela sólo alcanza a las instituciones públicas. De hecho, varios de los argumentos empleados por

¹ Estudiante de Abogacía (UBA).
Correo electrónico de contacto: ramirofihman@gmail.com.

el máximo tribunal para defender la laicidad de la educación pública son aplicables también al ámbito privado. En ese sentido, cabe preguntarse qué fundamentos existen para excluir a los/as niños/as que asisten a una escuela privada –decisión que no depende de ellos/as- del derecho a la libertad de conciencia.

Palabras claves: enseñanza - religiosa - escuelas - publicas - privadas - libertad - conciencia - niños - castillo

Abstract: The “Castillo” ruling of the Supreme Court of Justice of the Nation, in 2017, constitutes a relevant precedent for Argentina in matters of religious freedom. It broadly determined that religious instruction is not permitted in public schools during class hours. However, it does not seem to be very clear why the prohibition of teaching religion in school only reaches public institutions. In fact, several of the arguments used by the highest court to defend the secularity of public education are also applicable to the private sphere. This raises the question of what grounds exist for excluding children who attend a private school - a decision that does not depend on them - from the right to freedom of conscience.

Keywords: Teaching-religious-schools-public-private-freedom-conscience-children-castle.

Resumo: A sentença “Castillo” do Supremo Tribunal de Justiça da Nação, do ano 2017, constitui um precedente relevante para a Argentina em matéria de liberdade religiosa. Em geral, determinou que não está permitida a educação religiosa nas escolas públicas durante o horário escolar. No entanto, não parece estar muito claro por que a proibição de ensinar religião nas escolas só atinge instituições públicas. De fato, vários dos argumentos usados pelo Supremo Tribunal para defender a secularidade da educação pública também são aplicáveis à esfera privada. Nesse sentido, posso perguntar que fundamentos existem para excluir as crianças que assistem a uma escola particular - decisão que não depende dos/das - do direito à liberdade de consciência.

Palavras-chave: ensino - religiosa - escolas - públicas - privadas - liberdade - consciência - criança - castelo.

Résumé: Le jugement “Castillo” de la Cour Suprême de Justice de la Nation de 2017, constitue un précédent important pour l’Argentine en matière de liberté religieuse. Dans des grandes lignes, il a déterminé

que l'éducation religieuse n'est pas autorisée dans les écoles publiques pendant les heures de classe. Pourtant, il n'apparaît pas très claire la raison pour laquelle l'interdiction d'enseigner la religion à l'école ne comprend que les institutions publiques. En fait, plusieurs des arguments invoqués par la Cour pour défendre la laïcité de l'enseignement public s'appliquent également à la sphère privée. En ce sens, on peut se demander: quels sont les fondements pour exclure les enfants qui fréquentent une école privée - décision qui ne dépend pas d'eux - du droit à la liberté de conscience.

Mot-clés: Enseignement - religieux - écoles - public - privé - liberté - conscience - enfants - Castillo

I. Introducción

Nuestro país se encuentra atravesando un momento de fuertes cuestionamientos respecto de la influencia de la religión en la cosa pública. En ese sentido, en los últimos años se han puesto en jaque distintos aspectos de esta situación, como por ejemplo la criminalización de la interrupción voluntaria del embarazo o la enseñanza religiosa en escuelas públicas.

El reciente fallo de la CSJN en el caso "Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta- Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo", del 12 de diciembre de 2017 declaró, entre otras cosas, la inconstitucionalidad de la norma provincial de Salta que permitía la enseñanza de religión en horario de clase en escuelas públicas de la provincia.

Sin embargo, es curioso que en Argentina prácticamente no ha sido cuestionada la educación religiosa si ésta se da en el marco de una escuela de gestión privada. Partiendo de la base de que los/as niños/as siguen siendo niños/as sin importar a qué tipo de escuela los/as manden sus padres/madres, es necesario tener en cuenta la relevancia de la temática: según datos del año 2009 proporcionados por el Ministerio de Educación, hay aproximadamente 3,5 millones de niños/as en escuelas primarias de gestión estatal y 1,1 millones de niños/as en escuelas

primarias de gestión privada.² Esto implica que casi un 25% de los/as niños/as de escuela primaria asisten a una institución de gestión privada.

En este orden de ideas, la reciente decisión de la Corte Suprema en relación a que no está permitido dictar religión en horario de clase, sólo rige para tres cuartas partes de los/as niños/as de nuestro país. Los/as otros/as pueden recibir este tipo de contenidos sin ningún tipo de limitaciones, siendo suficiente la decisión de los/as padres/madres de enviarlos/as a una escuela privada que profese la religión a la que adhieren.

Ahora bien, si los sujetos de derecho que se ven afectados por el hecho de que se impartan contenidos de religión en las escuelas son los/as niños/as, y el principal argumento para justificar la lesión está basado en el derecho a aprender, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la igualdad y el derecho a la autonomía, ¿cómo es posible realizar una diferenciación entre los/as niños/as que asisten a una escuela pública y los/as que asisten a una privada? ¿Acaso los/as niños que asisten a las segundas carecen de estos derechos? ¿Con qué fundamento? Según la CSJN, los convencionales constituyentes acordaron que la laicidad de la educación pública busca “asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”;³ también el tribunal sostiene que “debe garantizarse la posibilidad de un pluralismo educativo que asegure que las informaciones y conocimientos que figuran en el plan de estudios se difundan de manera que los alumnos desarrollen un sentido crítico respecto del fenómeno religioso en una ‘atmósfera serena preservada de todo proselitismo’”⁴. ¿No aplica acaso esto a los/as niños/as que no asisten a escuelas del Estado?

² Informe CIMientoS - Fundación para la Igualdad de Oportunidades Educativas, *La educación argentina en números*, abril de 2011, pp. 5-6.

³ CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta- Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, sentencia del 12 de diciembre de 2017, p. 14.

⁴ *Ibid.*, p. 30.

La distinción público/privado es un punto recurrente para establecer ciertos presupuestos relativos a las libertades individuales. Quienes son dueños/as de empresas, por ejemplo, suelen ampararse en el carácter privado de éstas para justificar decisiones acorde a su moral o a sus creencias religiosas. No caben dudas de que el dueño de un restaurant tiene derecho a colocar un crucifijo en la entrada del establecimiento si así lo desea. Los/as clientes pueden decidir concurrir o no a un lugar de estas características. Pero el punto clave es el siguiente: los/as niños/as no pueden decidir a qué escuela van a asistir.

Más allá que pueda reflexionarse al respecto, no resulta controvertible el hecho de que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra consagrado el derecho de los padres a decidir si a sus hijos se les impartirá una determinada enseñanza religiosa (art. 13.3 PIDESC, art. 12.4 CADH, art. 18.4 PIDCP). Sin embargo, estas normas no hablan de que los/as niños/as deban recibir esa educación en la escuela. La formación en una determinada religión o moral -generalmente, la que profesan los padres- puede darse (y de hecho así ocurre en la mayoría de los casos) en muchos otros ámbitos, específicamente pensados para ello (la iglesia, sinagoga, parroquia, o lo que fuere). Pero no surge de los tratados internacionales que los padres puedan “mezclar” el derecho a la educación de sus hijos con sus creencias religiosas.

A partir de estos interrogantes, el objetivo de este trabajo es dilucidar los argumentos jurídico-políticos que sustentan la hipótesis de que la práctica de impartir educación religiosa resulta inconstitucional, sin importar si se trata de una institución de gestión estatal o de gestión privada.⁵ Para ello, se analizarán en primer lugar las principales herramientas empleadas por la

⁵ Tampoco se realizarán distinciones relativas al horario en el que se imparten contenidos religiosos. Considero que no es relevante si éstos se dan dentro o fuera del horario de clases, entre otras cosas, porque las “clases” entendidas en términos formales no son lo único que constituye la enseñanza religiosa sino que generalmente viene acompañada de simbolismos, costumbres y prácticas que vulneran igualmente los derechos en juego.

Corte en el fallo “Castillo” sobre las cuales pueden encontrarse determinadas falencias o problemas de consistencia; luego, se propondrán los derechos que se encontrarían en juego al discutir la cuestión de la enseñanza religiosa, y las distinciones –si las hay- que podrían hacerse entre escuelas públicas y privadas; en tercer lugar, se tratará la cuestión del principio de igualdad y cómo opera para el tema de análisis; por último se elaborarán conclusiones.

II. Los argumentos de “Castillo”

El objetivo de este apartado es analizar la compatibilidad o no de los principales argumentos esbozados en el fallo de la Corte Suprema con un supuesto de hecho en el que los niños asisten a una escuela privada. Las razones por las que se esgrime que la enseñanza privada también debería ser laica no se agotan analogía de los argumentos utilizados por la Corte, sino que tienen que ver fundamentalmente con el involucramiento de derechos partiendo de una noción robusta de la igualdad y el interés superior del niño, como se explicará en el próximo apartado. Sin embargo, se mostrarán algunos ejemplos que demuestran, en cierto grado, ciertas inconsistencias en los criterios adoptados.

Uno de los ejes fundamentales del fallo “Castillo” consiste en la neutralidad religiosa del Estado. A partir de una interpretación del artículo 2° de la Constitución, en armonía con los tratados internacionales de Derechos Humanos, la Corte reitera que ningún culto es la religión oficial de Argentina, siendo éste un país laico. En materia de educación, analiza los debates de la Convención Constituyente, destacando el carácter laico de la educación *pública* con el fin de “asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”.⁶ Asimismo, cita al Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 22, según el cual “... la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento

⁶ Fallo “Castillo”, consid. 13, párr. 4.

en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores.”⁷ En este sentido, es posible afirmar que, por el momento, no se deriva de estos argumentos ningún elemento que permita realizar una distinción entre escuelas privadas y escuelas públicas. Más aún, podría decirse que el riesgo de que en una escuela privada se den prácticas violatorias de estos preceptos es mucho más alto que en una escuela pública, por la falta de presencia del Estado, que debería ser el que asegure la neutralidad.

La Corte analiza el principio de igualdad con un estándar basado en la protección mediante acciones positivas de grupos históricamente desaventajados. Para el caso, el grupo en cuestión, según el fallo, son “los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante”. Sería absurdo asumir que este grupo está compuesto sólo por aquellos niños que asisten, por distintas circunstancias, a una escuela pública. Los niños que asisten a escuelas privadas en que se enseña una religión en particular que ellos no profesan también ven vulnerados sus derechos. No obstante, a lo largo de este artículo, sostendré que no son sólo aquellos niños que no profesan la religión enseñada en la escuela quienes ven vulnerados sus derechos, sino todos los niños en general. Más aún, los argumentos que sostiene la Corte tendientes a reconocer la laicidad de la educación no deberían buscar proteger la libertad de culto de aquellos niños que no integran el grupo religioso predominante, sino la libertad de conciencia y la autonomía progresiva de los niños en su conjunto.

Otro de los puntos de la Corte gira en torno al formulario de exención creado por Disposición 45/09, que debían completar los padres del niño que deseaban que a su hijo no se le impartiera religión, o se le impartiera alguna otra en particular. El máximo tribunal sostiene la invalidez de este formulario por razones

⁷ Observación General N° 22 del Comité de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas sobre la interpretación del artículo 18 del PIDESC, del 20/07/1993.

de derecho a la privacidad (artículo 19 de la Constitución). ¿No tiene derecho a la privacidad un niño que asiste a una escuela privada? Si quisiera que no se le enseñe religión en una escuela privada ¿debería también declararlo explícitamente, revelando asuntos de su esfera personal en la que el Estado no puede meterse? Si la respuesta es afirmativa, entonces estamos diciendo que el derecho a la intimidad termina en el momento en que un privado decide gestionar una institución educativa; y que el Estado no puede interferir en esa esfera privada, pero sí puede hacerlo una escuela privada.

El artículo 13 del PIDESC expresa que “... la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz” y asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha establecido en su Observación General N° 13 que “Los Estados Partes han de velar por que los planes de estudio, en todos los niveles del sistema educativo, estén orientados a los objetivos definidos en el párrafo 1 del artículo 13. Asimismo, tienen la obligación de establecer y mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos que se exponen en el párrafo 1 del artículo 13.”⁸ Cabe preguntarse, en este orden de ideas, si es posible garantizar las previsiones del artículo 13, interpretado por el Comité, en una escuela en donde sólo se enseña un dogma incuestionable como una verdad absoluta. Para fomentar la

⁸ Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización para las Naciones Unidas sobre la interpretación del Artículo 13 del PIDESC, del 8/12/1999, párr. 49.

comprensión, tolerancia y amistad entre todos los grupos religiosos, pareciera no ser suficiente el hecho de no inculcarles a los niños que las otras religiones son malas, sino que debería fomentarse un espíritu crítico y diverso, que permita a todos decidir su culto y aceptar el del otro.

La CSJN, ya entrando de lleno en la cuestión de la libertad religiosa en materia educativa, sostiene -citando jurisprudencia del Comité Europeo de DDHH- que “debe garantizarse la posibilidad de un pluralismo educativo que asegure que las informaciones y conocimientos que figuran en el plan de estudios se difundan de manera que los alumnos desarrollen un sentido crítico respecto del fenómeno religioso en una ‘atmósfera serena preservada de todo proselitismo’”. Sin embargo, no fundamenta por qué estas previsiones, que tienen -nuevamente- por fin proteger los derechos de los niños, sólo se aplicarían para un grupo de éstos, dejando afuera a muchos otros que no pudieron decidir ir a una escuela o a otra.

III. Los derechos en juego

Luego de analizar algunos puntos que muestran la factibilidad de asimilar los planteos de la laicidad de escuelas públicas con las escuelas privadas, resta realizar algunos comentarios en relación a los derechos que están en juego en lo que respecta a la enseñanza religiosa, más allá de lo que finalmente haya tenido en cuenta el máximo tribunal a la hora de dictar la sentencia para este caso particular.

III.A. Autonomía personal del niño y libertad de conciencia

El principio de autonomía, en términos generales, constituye un concepto largamente trabajado por la filosofía política y el Derecho, y no resulta sencillo esbozar una definición que conforme a la totalidad de los autores que lo han investigado. En principio, puede decirse que, normativamente, se desprende del artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, y de diversos tratados internacionales que adquirieron jerarquía

constitucional en Argentina en 1994. Carlos Nino define este principio como aquel que prescribe que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.”⁹ En ese sentido, puede verse que, a grandes rasgos, la autonomía se desprende de una concepción previa de que todos somos libres de elegir el curso de nuestras acciones y, siempre y cuando no perjudiquemos a otros, nadie puede entrometerse en ello. Además, esto conlleva que el Estado debe actuar positivamente para que todos podamos alcanzar nuestro plan de vida.

Ahora bien, este principio, que resulta troncal para el desarrollo de una sociedad liberal, no es aplicable de forma tan directa a cualquier grupo de personas. Está claro que la autonomía personal, cuando hablamos de personas con severas discapacidades mentales, por ejemplo, merece especiales consideraciones. Lo mismo ocurre cuando se desea analizar cuál es la autonomía de la que deben gozar los niños y cuál es el mecanismo para garantizarla. En otras palabras ¿nadie debe interferir en la vida de ningún niño? ¿qué ocurre con las decisiones que toman sus padres para su vida? ¿y el Estado, mediante las escuelas o los planes de vacunación? ¿es un niño realmente capaz de discernir qué desea como plan de vida?

Históricamente se consideró a los niños como un objeto de protección por parte del Derecho.¹⁰ Con esa lógica, resulta prácticamente imposible pensar una genuina autonomía, en cualquiera de sus formas y niveles, puesto que quien es incapaz de decidir por ser un objeto que debe protegerse, no puede

⁹ NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2 ed., 1989, pp. 204-205.

¹⁰ FAERMAN, Romina, Ministerio Público Tutelar de la CABA, *Las decisiones de los niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal*, Documento de trabajo N° 6, p. 4.

tener derecho a ser autónomo. Fue recién con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que se superó este paradigma, para comenzar a considerar a los niños como sujetos de derecho.¹¹ Pero además, esta convención reconoce, en su artículo 5º, que los niños adquieren autonomía de forma progresiva de acuerdo a sus facultades, contrariamente a la clásica concepción de que esto se producía de forma automática al alcanzar la mayoría de edad. Esta idea, de “autonomía progresiva” implica también que la orientación o dirección que puedan brindarle a un niño quienes estén a cargo de su cuidado tiene por fin lograr que éste logre ejercer adecuadamente sus derechos. En ese sentido cabe preguntarse hasta qué punto la decisión de enviar a un niño a una escuela religiosa, en donde no se le presentan otras alternativas posibles para su cosmovisión, representa un límite válido a la autonomía personal. ¿puede realmente el niño elegir su plan de vida entre distintas opciones posibles?

Surge de aquí un elemento a tener en cuenta en este plano, que es la antiguamente llamada “patria potestad”, concepto superado en la actualidad por la legislación argentina, pero que entraña aquel poder que los padres tienen sobre un niño -en principio, hasta cierta edad- para decidir sobre la gran mayoría de los aspectos de su vida. Sin embargo, lógicamente, los padres no son dueños de sus hijos,¹² sino que el límite a este poder está claro: no forma parte de la patria potestad aquello que afecte irreversiblemente la autonomía potencial del niño.¹³ Es cierto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege el derecho de los padres a decidir ciertos aspectos de la educación -en sentido amplio- de sus hijos. Sin embargo, nada dicen las normas internacionales sobre el hecho de que esa educación se de en el marco de la enseñanza obligatoria.

¹¹ *Ibid.*

¹² NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, 4ta Ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 294.

¹³ *Ibid.*

Aquello que el Estado requiere en el territorio nacional (educación inicial, primaria y secundaria) no está incluido en la libertad de los padres en relación a la “enseñanza”. En otras palabras, es imposible evitar que los padres críen a sus hijos en el marco de determinado culto, pero lo que sí podemos evitar como sociedad es que esa formación se de en la escuela, que es el ámbito en donde se gestan las características más esenciales en la personalidad de una persona, que luego debería poder participar del debate público con elementos democráticos deliberativos, basados en un pensamiento crítico genuino.

De la autonomía personal se desprende, entre muchos otros derechos, la libertad de conciencia,¹⁴ consagrada en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto implica, según la propia norma, la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Lo que nos importa esencialmente para este trabajo es la libertad de profesar -o no hacerlo- el propio culto. La pregunta central, entonces, sería: ¿ejerce una persona la libertad de profesar -o no- el culto si desde su más temprana edad es enviada a una escuela que imparte religión? ¿qué tan determinada estará su creencia y qué tan abierta estará la persona a darse la posibilidad de acercarse a otros cultos o de decidir no profesar ninguno? Algunos de estos interrogantes exceden la cuestión jurídica, siendo necesario abarcar otras disciplinas como la psicología, la pedagogía o incluso la sociología.

III.B. Derecho a una educación ¿liberal?

Habiendo esbozado rápidamente el concepto de autonomía, resulta necesario pensar cuáles son los factores elementales que permiten que una persona sea autónoma en su vida. Sin lugar a dudas uno de ellos es la educación. Nuevamente en palabras de

¹⁴ *Ibid*, p. 280.

Nino, "... la educación es esencial para la posibilidad de elegir libremente planes de vida e ideales del bien. Por el otro lado, una determinada educación es necesaria para materializar el plan de vida o el ideal del bien libremente elegido."¹⁵

Sin embargo, no cualquier tipo de educación resulta beneficiosa para el desarrollo de la autonomía de una persona ni es funcional para que ésta pueda elegir su plan de vida. A modo de intuición, puede decirse que una educación dogmática y/u oscurantista, poco tendría que aportar a un proyecto de vida autónomo libre de interferencias.¹⁶ La permeabilidad de los niños respecto de la información que reciben en sus primeros años de vida los hace especialmente susceptibles a lo que les presentan como verdad.¹⁷

Se presenta entonces el siguiente interrogante: ¿qué características debe tener la educación para que podamos afirmar que se encuentra garantizado el derecho? El concepto clave aquí es el de neutralidad: la enseñanza debe ser lo más neutral posible, dentro del marco de los valores de autonomía personal y democracia; neutral respecto de aquellas decisiones de vida que deben ser tomadas en una esfera individual.¹⁸ En ese sentido, no puede la escuela meterse en la identidad sexual de un niño, ni decirle cuál debe ser su comida o su deporte favoritos, como tampoco puede un docente obligarlo a que su "prócer" favorito sea uno en particular. Pero neutralidad no significa silencio; es necesario que la neutralidad implique la enseñanza

¹⁵ *Ibid.*, p. 293.

¹⁶ No pretendo con esto decir que la educación de cierto culto necesariamente tenga esas características.

¹⁷ Esto constituye una interesante discusión en el campo de las ciencias de la educación y la psicología. Jorge Larrosa trabaja el significado de la "verdad" en la infancia, y explica que en ese momento, lo verdadero no se contraponen -como ocurre en la vida adulta con un paradigma científico- al error o a la falsedad, sino que simplemente se opone al ocultamiento, al engaño y al olvido: "...la verdad no es adecuación epistémica sino imperativo moral" (LARROSA, Jorge, *Pedagogía profana. Estudios sobre lenguaje, subjetividad, formación*, Buenos Aires, Ediciones Novedades Educativas, 2000, p. 176).

¹⁸ NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, p. 295.

de una amplia gama de conocimientos. Esto es aplicable a, prácticamente, cualquier temática: los niños deben recibir distintas versiones de la historia, distintas versiones de las teorías matemáticas¹⁹, distintas versiones de la evolución humana, entre muchos otros. Desde esta lógica –analítica, plural, libre de dogmas- podría estar comprendida la religión, que constituye un tema central para la humanidad, y debe ser conocido por todos para poder decidir si profesar o no un credo.

Sin embargo, hablar de neutralidad parece no ser suficiente. Amy Gutmann explica que hay tres “modelos” predominantes en relación con la neutralidad de la enseñanza: el primero es el del “Estado familiar”, que acepta y defiende la idea de que el Estado puede arrogarse la potestad de imponer a los estudiantes las nociones del bien y del mal que considere correctas; el segundo es el “Estado de familias”, que le concede a los padres el derecho absoluto sobre la educación de sus hijos; y por último el “Estado de individuos”, que supone que no debe educarse bajo ninguna concepción moral sino sólo brindando elementos neutrales. La autora rechaza las dos primeras concepciones y es escéptica respecto de la última, ya que sostiene que no existe una educación completamente neutral, puesto que siempre se impartirán nociones morales aún encubiertas.²⁰ En ese orden de ideas propone la noción de “Estado democrático”, que es analizada por Nino²¹ desde un punto de vista crítico, pero acordando que el proceso educativo debe tener en miras la participación de las personas en el proceso democrático. El punto de partida en esta línea gira en torno a aceptar que el Estado tiene el deber de establecer los contenidos mínimos que

¹⁹ Nótese, por ejemplo, cómo durante la última dictadura cívico-militar argentina, en matemáticas no se enseñaba la llamada “teoría de los conjuntos” por el temor del gobierno de que esto sirviera como una herramienta política para la organización estudiantil. Cfr. PINEAU, Pablo, “Reprimir y discriminar. La educación en la última dictadura cívico-militar en Argentina (1976-1983)” *Educación en Revista*, Curitiba, Brasil, n. 51, p. 103-122, 2014. Editora UFPR.

²⁰ GUTMANN, Amy, *Democratic Education*, New Jersey, Princeton University Press, pp. 19-41.

²¹ NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, pp. 294-296.

permitan desarrollar la autonomía que, a su vez, es precondition de ciudadanía (en un estado liberal).²²

Pero ¿cómo armonizar la elección de los padres de que sus hijos profesen su culto y la necesidad de una educación que promueva valores democráticos, para los cuales es ineludible cierto grado de neutralidad? Gutmann considera que esto es posible, sencillamente requiriendo que las escuelas privadas religiosas enseñen el conjunto de valores democráticos necesarios para el desarrollo de la ciudadanía de los niños.²³ A pesar de ello, lo cierto es que este razonamiento puede resultar algo insuficiente: ¿es liberal una educación que, aún enseñando los valores democráticos fundamentales, imparte una religión como un dogma a niños que aún no tienen su capacidad crítica enteramente desarrollada?

III.C. Derecho a enseñar ¿cualquier cosa?

El artículo 14 de la Constitución reconoce, además del derecho a aprender, el derecho a enseñar (de hecho, “enseñar” precede a “aprender” en la redacción). A priori, pareciera no presentar demasiados problemas el hecho de que exista un derecho a enseñar; en efecto, puede interpretarse como algo bastante lógico. Sin embargo, con apenas adentrarse en la problemática, aparecen tensiones muy difíciles de despejar. ¿Qué abarca el derecho a enseñar? ¿Quién es el titular de este derecho? ¿Qué ocurre cuando lo que se quiere enseñar no es lo que debe ser aprendido? ¿En qué medida puede un docente apartarse de los conocimientos que los planes de estudio le imponen?

Lejos de ser “dos caras de una misma moneda” puede decirse que el derecho a enseñar y el derecho a aprender representan un pragma conflictivo. De la misma forma que se presenta el derecho a huelga para defender otros derechos como el trabajo,

²² SABA, Roberto, “Igualdad de trato entre particulares”, en *Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, N° 89, 2011, pp. 217-276.

²³ GUTMANN, Amy, *Democratic...*, ob. cit. p. 117.

el derecho a la enseñanza debe ser entendido como un medio para satisfacer el derecho a la educación.²⁴ Está claro que no aceptaríamos la idea de un escenario en el que está garantizado el derecho a enseñar pero no el derecho a aprender.

Según el Comité DESC, el derecho a enseñar tiene dos elementos principales. El primero tiene que ver con la libertad de que los padres elijan la educación religiosa o moral de sus hijos. Sin embargo, en la ya citada Observación General N° 13, el Comité destaca que esto sólo es así siempre y cuando se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión.²⁵ El segundo elemento tiene que ver con las alternativas educativas que no son escuelas públicas. Es decir, está relacionado con el derecho de un privado de impartir enseñanza. Este segundo punto está íntimamente relacionado con la idea de “libertad académica” y de “autonomía de las instituciones”, que básicamente implica que las instituciones de enseñanza deben estar libres de presiones políticas o de otra índole que pudieran influir en los contenidos o en la forma de impartirlos.

A pesar de que es cierto que existe la libertad académica, va de suyo que este derecho, como cualquier otro, no es absoluto. Los límites parecen estar dados por la autonomía propia de los niños que -en términos tradicionales- serían el sujeto pasivo del ámbito educativo. No puede un docente, o una institución, comportarse de una manera que viole arbitrariamente el plan de vida del niño. Como los niños no se encuentran aún en condiciones de dilucidar con demasiada especificidad las características de su plan de vida, hay elementos que debemos proteger, y que tienen que ver con la participación democrática.

²⁴ FELDFEBER, Myriam, “¿Es pública la escuela privada? Notas para pensar en el Estado y en la educación” en PERAZZA, Roxana (Dir.), *Mapas y recorridos de la educación de gestión privada en la Argentina*, Buenos Aires, Aique, 2012, p. 176.

²⁵ Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización para las Naciones Unidas sobre la interpretación del Artículo 13 del PIDESC, del 8/12/1999, párr. 28.

En este orden de ideas, hay determinadas acciones que, realizadas por un docente, pueden afectar irreversiblemente los derechos en desarrollo del niño. Un ejemplo de esto podría ser perfectamente una escuela religiosa. Cuando una institución, en ejercicio de su derecho al autogobierno y a la libertad de enseñanza, imparte una visión del mundo -o del desenvolvimiento en la vida social- que es incompatible con la tolerancia, con el pensamiento crítico, ente otros. No puede un docente de matemáticas, aduciendo su derecho a enseñar, decirle a sus alumnos que $2 + 2$ es igual a 5. Tampoco puede el director de una escuela obligar a un niño a estar encerrado en un cuarto sin luz como castigo por no hacer la tarea. No puede una maestra de primer grado darle actividades a los niños que vayan en contra de valores solidarios, obligándolos a competir agresivamente entre ellos y destacarse a costa de los demás. No pueden enseñarles a desacreditar a los demás o a no escuchar al que piensa distinto. Así, no puede tampoco un sacerdote que da clases de historia enseñarle a los niños en su escuela que Jesús volvió de la muerte, que Moisés dividió las aguas, o que la mujer nació de la costilla del hombre.

IV. El problema de la igualdad

¿Por qué resulta problemático que se establezca una diferencia entre las escuelas públicas y las privadas? ¿Toda distinción de este tipo es discriminatoria? Está claro que pueden hacerse distinciones de cierto tipo, y de hecho como sociedad avalamos numerosas prácticas que implican tratos desiguales en relación a la niñez: quienes van a una escuela pública deben usar un guardapolvo blanco, mientras que los que van a una escuela privada lucen elegantes uniformes -lo que no necesariamente es positivo para los niños- o bien se les permite no utilizar ninguno; los que van a una escuela privada, generalmente tienen opciones extracurriculares que incluyen una amplia gama de actividades, etc. Pero estas distinciones -más allá de lo que pueda objetarse en relación a la influencia del sistema

capitalista en ellas- no tienen una implicancia directa en la vida democrática de las personas.

Sin embargo, hay distinciones que no podemos tolerar, porque están directamente relacionadas con lo que los niños luego serán capaces de hacer en relación a la vida y a la deliberación públicas. La cuestión de la enseñanza religiosa es una de ellas: no podemos permitir que algunos niños estén libres de intromisiones en su cosmovisión y otros no. Frente a esto podría objetarse que quienes pertenecen a familias religiosas igualmente tendrán una inevitable formación en el culto de su familia o en la iglesia respectiva; eso es cierto, pero el hecho de que esto no esté sumado a la impartición de religión en el ámbito escolar implica un fuerte avance desde una perspectiva de Derechos Humanos.

Si tomamos un caso como ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aproximadamente un 47% de los niños asisten a escuelas privadas.²⁶ Esto significa que en esta ciudad, la mitad de los niños no gozan de una protección jurídica suficiente en relación a su libertad de conciencia. Esto no significa que la mitad de los niños asisten a una escuela confesional, sino que, al asistir a una escuela de gestión privada, podrían ser susceptibles de educación religiosa sin ningún tipo de límite ni matiz. No es menor señalar que, a pesar de existir escuelas privadas laicas, lo cierto es que la explicación histórica de la existencia de la escuela privada radica en la concepción del Estado y la Iglesia como dos esferas de poder separadas, que tenían su propio ámbito de formación independiente.²⁷ De hecho, hay un elemento fundamental a tener en cuenta: el 70% de las escuelas de gestión privada del país reciben un subsidio estatal y, a su vez, el 63% de las escuelas privadas son confesionales.²⁸ Si tenemos

²⁶ FELDFEBER, Myriam, "¿Es pública la escuela privada...", ob. cit., p. 169.

²⁷ *Ibid.*, pp. 171-175.

²⁸ Observatorio Educativo de la Universidad Pedagógica Nacional, *Subvenciones estatales a la educación privada. ¿Quiénes reciben más?*, Datos de la Educación, año 1, N° 2, octubre de 2018.

en cuenta las pésimas condiciones en las que se encuentra la educación de gestión estatal en Argentina, parece evidente que la política pública de subvención de escuelas privadas confesionales podría generar un efecto de transferencia de alumnos hacia estas últimas (en las cuales, como ya se destacó, no existe protección a la libertad religiosa de los niños).²⁹

La importancia de la educación se construye sobre los cimientos de un Estado democrático y participativo. Necesitamos formar a nuestros ciudadanos con los conocimientos elementales para que sean capaces de ser protagonistas de las discusiones de la cosa pública. La obligatoriedad de la educación es la muestra de que ésta constituye un interés esencial para el país y para la comunidad en la que vivimos. Puede decirse que existe un alto grado de consenso sobre la idea de que los niños deben asistir a la escuela, además de porque tienen derecho a hacerlo, porque todos necesitamos que se formen como personas, como ciudadanos, y como actores políticos.

Tanto es así que el artículo 3° de la Ley de Educación Nacional establece que “La educación es una prioridad nacional y se constituye en política de Estado para construir una sociedad justa, reafirmar la soberanía e identidad nacional, profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y libertades fundamentales y fortalecer el desarrollo económico-social de la Nación.” No es necesario establecer distinciones de ningún tipo. La prioridad nacional es en relación a la educación; no es relevante si se trata de una escuela pública o una escuela privada.

Debemos garantizar, en este sentido, la formación educativa desde una óptica de Derechos Humanos, de igual manera para todos los niños, sin importar a qué escuela asisten, lo cual, además, no pueden decidir. No pueden permitirse distinciones arbitrarias basadas en quién gestiona una institución, porque

²⁹ Desde cierto punto de vista, sería plausible pensar que existe una suerte de “encubrimiento” de la enseñanza religiosa a través del subsidio a escuelas confesionales.

el grupo que debe protegerse por mandato constitucional son todos los niños, sin ningún otro tipo de diferenciación.

V. Conclusiones

El fallo “Castillo” de la CSJN constituye un avance desde un punto de vista de neutralidad religiosa del Estado. Sin embargo, deja una gran deuda pendiente en materia de educación y de derechos de la niñez. Establece distinciones arbitrarias entre niños que vulneran el principio de igualdad, sin argumentos sólidos para realizarlas. A partir de algunas aproximaciones que tienen por fin mostrar ciertas incongruencias de la Corte en el precedente en cuestión, se pretendió proponer que no existen argumentos sólidos para defender que la laicidad de la educación debería aplicarse solamente a escuelas públicas.

Luego de un análisis relativo a cuáles son los derechos que entran en juego cuando se habla de educación religiosa, se sostuvo que estos derechos no pueden ser tenidos en cuenta únicamente para quienes van a una escuela de gestión estatal. Cuando hablamos de autonomía personal, de educación liberal, de pensamiento crítico para la formación de ciudadanos, de intimidad, entre otros, no podemos excluir al gran porcentaje de niños que asisten a una escuela privada. En términos de igualdad, para establecer distinciones de este tipo, deberíamos encontrar argumentos profundamente consolidados que permitan argumentar que un niño de una escuela privada no debe gozar del derecho a la libertad religiosa.

El objetivo de este trabajo consistió en desarrollar algunas intuiciones relativas a la incoherencia del argumento de la laicidad únicamente para escuelas de gestión estatal. Lejos de pretender realizar un exhaustivo análisis, se pretende que el presente ensayo sirva como puntapié inicial para discutir un tema poco trabajado y del cual pareciera haber un alto grado de consenso, sobre el punto de que una escuela privada puede enseñar religión a los niños sin ningún tipo de límite.

Bibliografía

- FAERMAN, Romina, Ministerio Público Tutelar de la CABA, Las decisiones de los niños, niñas y adolescentes a la luz del principio de autonomía personal, Documento de trabajo N° 6.
- FELDFEBER, Myriam, “¿Es pública la escuela privada? Notas para pensar en el Estado y en la educación” en Perazza, Roxana (Dir.), Mapas y recorridos de la educación de gestión privada en la Argentina, Buenos Aires, Aique, 2012
- GUTMANN, Amy, Democratic Education, New Jersey, Princeton University Press
- LARROSA, Jorge, Pedagogía profana. Estudios sobre lenguaje, subjetividad, formación, Buenos Aires, Ediciones Novedades Educativas, 2000
- NINO, Carlos S., Ética y derechos humanos, Buenos Aires, Astrea, 2 ed., 1989.
- NINO, Carlos S., Fundamentos de Derecho Constitucional, 4ta Ed., Buenos Aires, Astrea, 2013
- Observación General N° 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización para las Naciones Unidas sobre la interpretación del Artículo 13 del PIDESC, del 8/12/1999, párr. 28.
- Observación General N° 22 del Comité de Derechos del Hombre de las Naciones Unidas sobre la interpretación del artículo 18 del PIDESC, del 20/07/1993.
- PINEAU, Pablo, “Reprimir y discriminar. La educación en la última dictadura cívico-militar en Argentina (1976-1983)” Educar em Revista, Curitiba, Brasil, n. 51, p. 103-122, 2014. Editora UFPR.
- SABA, Roberto, “Igualdad de trato entre particulares”, en Lecciones y Ensayos, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, N° 89, 2011.

Padre, Madre, Tutor/a y encargado/a. La Corte y sus intromisiones en materia electoral provincial. A propósito de los fallos que impiden las re-reelecciones en la Rioja y Rio Negro

*Father, Mother, Guardian and manager.
The Court and its interference in provincial
electoral matters. With regard to the failures that
prevent re-re-elections in Rioja and Rio Negro*

*Pai, mãe, guardião e gerente. O Tribunal e sua
interferência em questões eleitorais provinciais.
Com relação aos fracassos que impedem a
re-reeleição em Rioja e no Rio Negro*

*Père, mère, tuteur et responsable. La Cour
et son ingérence dans les affaires électorales
provinciales. A propos des jugements qui
empêchent les réélections à La Rioja et Rio Negro*

*Diego Martín Cormick*¹ | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 432-459

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e284>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2799-8985>

Recibido: 16/05/2019

Aprobado: 29/05/2019

Resumen: El trabajo analiza los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia electoral de las provincias argentinas. La Corte en su calidad de "intérprete final de la Constitución", conforme

¹ Abogado (Facultad de Derecho, UBA). Docente de Contratos Administrativos (UNDAV) y Derecho Administrativo 1 (Unpaz). Autor de varias publicaciones sobre Contratos Administrativos, Servicios Públicos y Derecho Constitucional

artículo 116 y numerosos fallos desde su creación², y tutor/a de la interpretación de las constituciones provinciales, en cuanto a si se encuentran conforme el sistema republicano, conforme exigencia del artículo 5º, decidió resolver en un mismo día dos controversias provinciales sobre las posibilidades de sus gobernadores actuales (Rio Negro y La Rioja) de presentarse a un tercer período. Aborda la cuestión referida a si la Corte actúa con una indebida intromisión en analizar —y de alguna manera, querer compatibilizar— textos constitucionales locales, que, conforme nuestro sistema, deben quedar sujetos al análisis exclusivo —aunque dicho análisis no nos guste, claro está—, de los Poderes Judiciales provinciales. Concluye que esta Corte que, en su calidad de tutora, interviene aun en casos dudosos, amplía sus facultades en desmedro de los tribunales locales, contrariando los propios artículos constitucionales que dice defender.

Palabras claves: Constitución. Derecho electoral. Competencia judicial.

Abstract: The paper analyzes the precedents of the Supreme Court of Justice of the Nation in electoral matters of the Argentine provinces. The Court, in its capacity as “final interpreter of the Constitution”, in accordance with article 116 and numerous rulings since its creation, and guardian of the interpretation of the provincial constitutions, as to whether they conform to the republican system, in accordance with the requirement of article 5, decided to resolve in one day two provincial controversies over the possibilities of its current governors (Rio Negro and La Rioja) to run for a third term. It tackles the question of whether the Court acts with undue interference in analyzing —and in some way, wanting to make compatible— local constitutional texts, which, according to our system, should be subject to exclusive analysis —even though we do not like such analysis, of course— of the provincial Judicial Powers. It concludes that this Court, which, as guardian, intervenes even in doubtful cases, expands its powers to the detriment of the local courts, contrary to the very constitutional articles it claims to defend.

Keywords: Constitution. Electoral law. Judicial competence.

² Sólo para citar el primero, Fallos 1:340 (Ministerio Fiscal c/Benjamín Calvete por atentados contra la inmunidad de un Senador. Fechas 27/09/1864.

Resumo: O trabalho analisa os precedentes do Supremo Tribunal de Justiça da Nação em assuntos eleitorais das províncias argentinas. O Tribunal como "intérprete final da Constituição", nos termos do artigo 116 e numerosas decisões judiciais desde sua criação, e tutor/a da interpretação das constituições provinciais, enquanto a saber se eles estão de acordo com o sistema republicano, como exigência do artigo 5, decidiu resolver em um único dia duas controvérsias provinciais sobre as possibilidades de seus atuais governantes (Rio Negro e La Rioja) de apresentarem-se para um terceiro mandato. Aborda a questão referida a se o Tribunal atua com indevida interferência na análise -e de alguma forma, em tornar compatíveis os textos constitucionais locais- que, de acordo com o nosso sistema, deve ser objecto de análise exclusivo embora esta análise não gostamos, é claro -, dos Poderes Judiciais provinciais. Conclui que este Tribunal que, na sua qualidade de tutor, intervém mesmo em casos duvidosos, alarga os seus poderes em detrimento dos tribunais locais, ao contrário dos artigos constitucionais que pretende defender.

Palavras-chave: Constituição. Direito eleitoral. Competência Judicial

Résumé: Ce travail analyse deux jugements du Cour Suprême de Justice de la Nation en matière électorale dans les provinces argentines. La Cour, en tant qu'interpréteur finale de la Constitution -selon son article 116 et nombreux jugements- et gardienne de l'interprétation des constitutions provinciales afin de déterminer si elles sont conformes au système républicain -selon l'article 5-, a décidé de résoudre deux controverses provinciales (Rio Negro et La Rioja) le même jour, sur les possibilités de leurs gouverneurs actuels de se postuler pour un troisième mandat. Il aborde la question de savoir si la Cour intervient correctement dans l'analyse -et d'une certaine manière, dans le souci de rendre compatibles- des textes constitutionnels locaux, qui, selon notre système, devraient être soumis à une analyse exclusive - bien que cette analyse ne nous plaise pas, bien sûr -, des pouvoirs judiciaires provinciaux. Il conclut que cette Cour qui, en sa qualité de tuteur, intervient même dans les cas controversés, élargit ses pouvoirs en détriment des tribunaux locaux, contrariant les articles constitutionnels qu'elle prétend défendre.

Mot-clés: Constitution. Loi électorale. Compétence judiciaire.

La Corte en su calidad de “intérprete final de la Constitución”, conforme artículo 116 y numerosos fallos desde su creación³, y tutor/a de la interpretación de las constituciones provinciales, en cuanto a si se encuentran conforme el sistema republicano, conforme exigencia del artículo 5º, decidió resolver en un mismo día dos controversias provinciales sobre las posibilidades de sus gobernadores actuales (Rio Negro y La Rioja) de presentarse a un tercer período.

El artículo 5º, conforme Gelli, “...constituye, junto con el Art. 31 de la Constitución Nacional, una expresión del principio de supremacía del derecho federal, pues subordina la capacidad normativa de las provincias al respeto del denominado bloque de constitucionalidad, en general, y a los principios que aquella norma impone especialmente. Al mismo tiempo garantiza la autonomía provincial y su poder constituyente derivado”⁴ Por lo tanto, “...cualquier discusión acerca del diseño institucional que no involucre directamente al sistema representativo republicano constituye cuestión local que no abre la instancia federal, ni la originaria y exclusiva de la Corte Suprema en el caso de que por aquel debate se demande a una provincia. Ese criterio de respeto por la autonomía provincial y el sistema de la federación fue mantenido por la Corte Suprema en “Partido Justicialista Distrito Electoral de Catamarca c/ Provincia de Catamarca”⁵

Así, el considerando 7º establece que “...en hipótesis como la del sub lite en las que se pone en tela de juicio cuestiones concernientes al derecho público local, el litigio no debe ventilarse en la instancia prevista por el art. 117 citado, ya que el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre cuestiones propias del derecho

³ Sólo para citar el primero, Fallos 1:340 (Ministerio Fiscal c/Benjamín Calvete por atentados contra la inmunidad de un Senador. Fechas 27/09/1864.

⁴ Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, 5ª edición en ebook, 2018, La Ley. Comentario al art 5º.

⁵ Fallos 326:200. Fecha 18/02/03.

provincial y dictadas en uso de facultades reconocidas en los arts. 121 y 122 de la actual Constitución Nacional.” Veremos que ese límite supuestamente infranqueable no lo es tanto.

En ambos fallos del 22 de marzo del presente año, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo.” (en adelante “La Rioja”), y Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo. (en adelante “Río Negro”), rechazó la viabilidad, dejando sentado –a futuro- una serie de reglas ¿unívocas? sobre su rol de garante de la autonomía provincial en materia de derecho constitucional local electoral. No parece casual que haya unificado el calendario de la resolución de ambos fallos. Por lo contrario, la Corte pareciera estar mandando un mensaje al resto de las provincias respecto de que, ante la duda, y salvo evidentes textos a su favor, las reelecciones serán limitadas.

Los casos no son similares, salvo en el deseo de los gobernadores actuales de renovar por un mandato más. No obstante, la Corte usa algunos argumentos comunes, y refiere en innumerables ocasiones a dos fallos recientes donde analizó cuestiones electorales provinciales de diversa índole. Estos son “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/Provincia de Santiago del Estero s/Acción Declarativa De Certeza”⁶ (en adelante “Santiago del Estero”), y Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c/ Estado de la Provincia de Santa Cruz s/ amparo.⁷, en adelante, “Santa Cruz”. Con los cuatro casos intentaremos llegar a alguna conclusión general sobre el estado actual de las autonomías provinciales en materia electoral y el rol de garante del artículo 5° de la Corte.

Veamos los casos por partes:

⁶ Fallos 336:1756, 22/10/13 y luego 336:2152 del 5/11/13

⁷ CSJN, 11/12/2018, Fallos 341:1885

I. El Precedente en Santiago del Estero

En “Santiago del Estero”, se debate sobre la posibilidad de Zamora de presentarse a un tercer período. Así, el artículo 152 de la Constitución Provincial, establece que “El gobernador y vicegobernador ejercerán sus funciones por el término de cuatro años, sin que evento alguno pueda motivar su prórroga. Podrán ser reelectos o sucederse recíprocamente, por un nuevo período únicamente. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con intervalo de un período.” Asimismo, la cláusula transitoria sexta establece que “El mandato del Gobernador de la Provincia, en ejercicio al momento de sancionarse esta reforma, deberá ser considerado como primer período. (Referida al artículo 152).” Por lo que Gerardo Zamora, al haber asumido en 2005, y reelegido en 2009, estaba cumpliendo su segundo mandato, y, conforme artículo 152, no podía ser elegido sino con intervalo de un período.

Dicha cláusula transitoria fue declarada inconstitucional por un tribunal local, por lo que la Corte, al evidenciar la campaña donde el candidato Zamora apostaba a un tercer período, y no obstante no haberse efectuado las elecciones, las suspende cautelarmente, en tanto “...si bien la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del Gobierno Federal (arts. 5 y 122), las sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de Gobierno (arts. 1º y 5º) y encomienda a esta Corte el aseguararla...”⁸

Entiende la Corte que los hechos verificados (que el primer período fue el de 2005 conforme cláusula transitoria, y el segundo el 2005-2009), más la inminencia de la elección, -verosimilitud del derecho y peligro en la demora -llevan a admitir el amparo y actuar cautelarmente, ya que “...ante la claridad del

⁸ Considerando 4º

texto constitucional, cualquier otra interpretación que se intente resulta violatoria de la voluntad constituyente provincial.”⁹

Por eso, si bien la Constitución garantiza a las provincias el establecimiento de sus funciones sin intervención del gobierno federal, al existir, conforme el fallo, *un claro afectamiento a disposiciones constitucionales*, deben cautelarmente suspender las elecciones.

Luego, el 5 de noviembre, en la sentencia de fondo¹⁰, y no obstante habiéndose presentado la renuncia a la candidatura del Gobernador, la Corte, en su considerando 19 establece que “19) Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Nacional las provincias eligen a sus gobernadores sin intervención del Gobierno Federal, con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra “Gobierno” incluye a la Corte Suprema. Dicha cláusula se halla dirigida, indudablemente, a prevenir toda injerencia del poder central sobre un asunto de tanta trascendencia política como es, en cuanto aquí interesa, el concerniente a la elección de las máximas autoridades de la Administración provincial. Sin embargo, tal prohibición no debe ser entendida con un alcance absoluto; frente a ella y con igual rango se erige la cláusula que otorga competencia a esta Corte para conocer de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (artículo 116). La necesaria compatibilidad entre tales normas permite concluir que las provincias conservan toda la autonomía política que exige su sistema institucional, pero no impide la intervención del Tribunal en los supuestos en que *se verifique un evidente menoscabo del derecho federal en debate* (doctrina de Fallos: 285:410, considerando 10)” –el resaltado es propio–.

Para luego, en el considerando 20, establecer que “...la Constitución Nacional que garantiza a las provincias el establecimiento y el ejercicio de sus instituciones, y la elección

⁹ Considerando 11.

¹⁰ Fallos 336: 2152

de sus autoridades, sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1° y 5°), impone su supremacía sobre las constituciones y leyes locales (artículo 31) y encomienda a esta Corte el asegurarla como último custodio de la Ley Suprema (artículo 116). **Mas esa intervención está rigurosamente limitada a los casos en que frente a un evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido que corresponde atribuir nada más ni nada menos que a la Carta Magna, que en el ejercicio pleno de su soberanía se dio el pueblo de Santiago, queden lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar. Solo ante situaciones de excepción como la enunciada, la actuación de ese tribunal federal no avasalla las autonomías provinciales, sino que procura la perfección de su funcionamiento asegurando el acatamiento a aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional (Fallos: 310:804, considerando 17; 314:1915; 330:4797).**” –el resaltado es propio.

En definitiva, conforme considerando 25), “Que el significado de la cláusula transitoria transcrita, interpretada literalmente y **en el sentido más obvio del entendimiento común**¹¹ (Fallos: 258:75, entre otros), es de una precisión y claridad incontrastables. En ella se alude sin duda al doctor Gerardo Zamora, porque era él el gobernador en ejercicio al momento de sancionarse la reforma constitucional que la introdujo, quien había asumido el cargo el 23 de marzo de 2005 por un período de cuatro años en los términos de la Constitución provincial de 1997. Luego el doctor Zamora fue reelecto gobernador para el período 2009/2013, el que comenzó el 1° de diciembre de 2009. El constituyente provincial del año 2005 fue soberano para establecer como primer período a los efectos

¹¹ El concepto “el sentido más obvio del entendimiento común aparecerá en todos los fallos para interpretar cláusulas constitucionales locales.

del artículo 152 al comprendido entre los años 2005 y 2009 y **pudo, evidentemente, elegir una solución distinta, pero no lo hizo.**” –el resaltado es propio–.

Por lo tanto, a modo de resumen:

- a. La reforma Constitucional no expone dudas respecto que Zamora estaba –ya- cumpliendo su primer período –conforme cláusula sexta, que recién impugnó al momento de querer presentarse por tercera vez–.¹²
- b. El segundo período de Zamora fue el de 2009-2013.
- c. La imposibilidad de presentarse de Zamora es clara, y no se vulnera ningún tipo de derecho porque justamente las reglas eran claras desde el inicio, asemejándose, a mayor abundamiento, al artículo 90 de la constitución nacional.
- d. La Corte entonces verifica si la cláusula transitoria sexta –tachada de inconstitucional por un tribunal local- es o no válida, pronunciándose por la validez e impidiendo a Zamora –aun en abstracto en la sentencia de fondo-a presentarse a un tercer período.

II. El Precedente en Santa Cruz

Por su parte, en Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c/ Estado de la Provincia de Santa Cruz s/ amparo., se discute si la ley 3415 de esa provincia, en cuanto impone el sistema de doble voto simultáneo —conocido como sistema de lemas— para la elección de su Gobernador y Vicegobernador, es o no inconstitucional.¹³ Ello, dado que el artículo 114

¹² Así, profundizando, el considerando 26 sostiene que Las cláusulas transitorias tienen por finalidad dar solución a las situaciones concretas que plantea la transición entre el viejo y el nuevo régimen constitucional, para evitar dispares interpretaciones. En el caso de la reelección del gobernador santiagueño, los constituyentes, ante la necesidad de establecer una regla clara y precisa sobre cómo debía ser considerado el mandato representativo que a la fecha de la reforma se encontraba ejerciendo el doctor Zamora, optaron por considerarlo como primer período.

¹³ En los hechos, de declararse así, modifica el resultado a la elección a Gobernador.

de la Constitución provincial establece que “El Gobernador y el Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la Provincia a simple pluralidad de sufragios. Podrán ser reelectos.”

El Tribunal Superior de Justicia santacruceño entiende que dicha cláusula es compatible con el sistema de lemas. A modo explicativo, el ciudadano vota simultáneamente por un partido o “lema” de su preferencia y por una lista de candidatos o “sublema” dentro de las opciones que presenta un mismo partido (arts. 10 y 2° de la ley 2052, modificada por ley 3415). Por lo tanto, “el Gobernador y el Vicegobernador serán elegidos en forma directa por el Pueblo de la Provincia a simple pluralidad de sufragios. Cada elector sufragará por una fórmula indivisible de candidatos a ambos cargos, y resultará electo el sub-lema que dentro del lema más votado obtenga mayor cantidad de sufragios válidamente emitidos a su favor” (art. 4° de la ley 2052, modificada por ley 3415).

Cuestiona la parte actora que “...el sistema de lemas, o de doble voto simultáneo, es incompatible con la simple pluralidad de sufragios del art. 114 de la Constitución provincial en tanto permite que resulte ganador quien, de forma individualmente considerada, no es el candidato más votado. A su vez, sostiene que el sistema de lemas, o de doble voto simultáneo, violenta el art. 114 en cuanto admite que se vote primero un lema y luego un sublema mientras que la Constitución provincial ordena que serán Gobernador y Vicegobernador quienes sean “elegidos directamente por el pueblo”. Concluye que la adopción de este sistema electoral, al ser contrario a la constitución local, afecta la forma representativa y republicana de gobierno que establece la Constitución Nacional y que las provincias se comprometieron a respetar (arts. 1° y 5° de la Constitución Nacional).”¹⁴

La Corte reitera entonces que su rol se limita a intervenir en los casos en donde haya un “...evidente y ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local

¹⁴ Considerando 3°

del que resulten lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar.”¹⁵.

Por lo tanto, entendiendo la Corte que la ley de lemas es una ley que refiere al sistema electoral propio, y ella no es violatorio del artículo 114 de la Constitución local, no permite su intromisión en asuntos de derecho público provincial. Reafirma la Corte párrafos adelante que no basta con la mera enunciación de artículos constitucionales para que el Tribunal cimero intervenga. Sostiene que “Por el contrario y si, so capa de la invocada violación a los principios democráticos del art. 10 y 5° de la Constitución Nacional, o su insuficiente tutela, la Corte pudiera traer a sus estrados todos los actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias, **imperaría un régimen unitario en lugar del federal que ordena el art. 1°** (arg. Fallos: 236:559 y “Partido Obrero” Fallos: 336:1742).”¹⁶ –el resaltado es propio–.

Es interesante el considerando 24 del voto de la mayoría, en tanto establece una regla a seguir, una especie de breve manual donde la Corte interviene en materia electoral provincia. Así, sostiene que “...corresponde resumir los principios que guían la intervención de este Tribunal en materia electoral. Esta Corte Suprema entendió que se encuentra alcanzada por la prohibición de intervenir en la forma en que las provincias organizan su vida autónoma y que debe garantizar el funcionamiento del sistema federal. Asimismo, la Constitución Nacional sujeta la autonomía provincial al aseguramiento del sistema representativo republicano (arts. 50, 31 y 123). Por lo

¹⁵ Citando expresamente lo resuelto en “Santiago del Estero”

¹⁶ Considerando 11 *in fine*. Es curioso, no obstante, que la Corte igual opine en el fallo negativamente sobre el sistema de lemas. Así, en considerando 21, establece que “...sin perjuicio de lo expuesto, debe dejarse en claro que las razones expresadas en la solución de este pleito no salvan la baja calidad institucional reprochada al sistema de lemas o de doble voto simultáneo.”, no obstante ello no convertirlo en inconstitucional –considerando 23–.

tanto, la intervención de este Tribunal se limita a aquellos casos en que hay un evidente apartamiento de las normas de derecho público local o cuando se viola el sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar. Dentro de estos principios deben mencionarse, por su importancia en el caso, el respeto de la voluntad mayoritaria, la estabilidad de las reglas, el federalismo y la garantía que tiene el ciudadano a un rango de opciones electorales suficientemente amplio, pero también claro y organizado.”

Rosenkrantz, en su voto, y dejando sentado el criterio que tendrá en “Río Negro”, entiende que “En lo que a la admisibilidad del recurso interpuesto respecta, debe tenerse presente que resulta ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48 la revisión de sentencias que resuelven cuestiones regidas por el derecho público provincial, puesto que la decisión final sobre tales cuestiones se encuentra reservada —como principio y salvo supuesto de arbitrariedad— a los tribunales locales (Fallos: 311:2004; 324:1721; 340:914; entre otros).” Luego, reitera —en más o en menos- cuestiones vertidas en el voto de la mayoría. Highton, por su parte, basándose preferentemente en argumentos de autonomía provincial, - y las limitaciones, por ende, del Estado Nacional a tal institución, llega a la misma decisión. Tampoco advierte como conducente el reclamo respecto de la vulneración de artículos constitucionales (5° princialmente). Rosatti, desplegando información sobre las distintas provincias y sus regímenes electorales, arriba a misma conclusión¹⁷. Y no habiendo demostrado el actor de modo contundente la

¹⁷ Considerando 9° del Voto de Rosatti. Por lo que, acto seguido, en su considerando 10, sostiene “Que la descripción del panorama constitucional provincial reseñado en el considerando anterior —el 9°- revela la pluralidad de enfoques propia del sistema federal. En ese marco, la injerencia de las autoridades federales debe limitarse al escrutinio referido a la eventual violación ostensible de un derecho federal, pues cuando el art. 122 de la Norma Fundamental alude a la no intervención del gobierno federal en el diseño de las instituciones provinciales y en la elección de las autoridades locales, debe entenderse subsumidos en dicha prohibición a los tres poderes del gobierno central, incluida esta Corte Suprema, a la que no le incumbe discutir las formas en que las provincias organizan su vida autónoma.”

incompatibilidad de la ley con la Constitución Provincial¹⁸, la causa no debe prosperar. Por lo tanto, con la particularidad de tener cuatro votos para cinco miembros de la Corte, el fallo se dicta en unanimidad.

De lo expuesto, se refuerza la idea de “evidente apartamiento de las normas de derecho público local o cuando se viola el sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar.” para que la Corte intervenga, conforme regla del Considerando 24.

III. La Rioja

Adentrándonos en el tema que nos interesa, en el fallo “La Rioja”, los hechos eran diferentes a los dos precedentes citados. No obstante ello, también se debatía el alcance de las provincias para establecer la interpretación de sus normas constitucionales en materia de elecciones.

Previo al fallo de marzo, recordemos que la Corte ya había fallado en el medio del proceso rechazando el pedido de paralización de la consulta en fecha 25 de enero, al establecer en su considerando 6° que: “la apertura del procedimiento destinado a la reforma de la Ley Suprema provincial por la vía de enmienda que prevé su art. 177, mediante la sanción tanto de la ley que declara la necesidad de tal modificación y aprueba el texto de la enmienda, como del decreto que convoca al electorado a expresar su voluntad en los comicios previstos, **no genera una afectación constitucional específica en cabeza de los peticionarios.** Estos actos cumplidos por los poderes políticos provinciales configuran iniciativas que no fijan en forma definitiva la existencia y modalidad de una relación jurídica concreta (Fallos: 307:1379; 310:606); relación respecto de la cual se debe haber producido la totalidad de los hechos concernientes a su configuración (Fallos: 311:421, considerando 3°, reiterado en

¹⁸ Considerando 12 del voto de Rosatti.

Fallos: 328:3573, considerando 2°). –el resaltado es propio-. No obstante, habiéndose efectuado luego la Consulta popular el 29 de enero, y declarada válida la enmienda, la Corte resuelve, ahora sí, entender que existe caso.

Retomemos la cuestión en debate. El original artículo 120 de la Constitución riojana establece que “El Gobernador y Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la provincia a simple pluralidad de sufragios. Durarán en sus funciones el término de cuatro años, sin que evento alguno que lo haya interrumpido pueda motivar su prórroga. Podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo periodo consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”.

Y luego, la enmienda incorpora: “No hay sucesión recíproca entre el Gobernador y Vicegobernador si no hay entre cruzamiento de mandatos en las fórmulas por las que han sido electos. El Gobernador o Vicegobernador que haya sido electo por un solo periodo anterior, puede ser elegido para el ejercicio en el otro cargo por dos (2) mandatos consecutivos. Esta disposición se aplica al Artículo 171° de la presente Constitución”.

Dicha enmienda fue aprobada por la Legislatura local, conforme artículo 177, el cual sostiene que “La Cámara de Diputados de la Provincia podrá sancionar con el voto de lo dos tercios de sus miembros la enmienda de esta Constitución, que no podrá exceder de tres artículos, y sólo quedará incorporada al texto constitucional si fuere ratificada por consulta popular, que tendrá lugar en oportunidad de la primera elección general que se realice. Esta enmienda no podrá llevarse a cabo sino con intervalo de dos años.-“

Por su parte, el artículo 84 sostiene, en materia de consulta popular, que “Las cuestiones de gobierno y la vigencia de nuevas leyes, la reforma o derogación de normas jurídicas de significativa importancia, pueden ser sometidas a consulta popular, que podrá ser obligatoria o facultativa. Será obligatoria en

los siguientes casos: 1.- Toda reforma constitucional realizada por la Cámara de Diputados de acuerdo al Artículo 177°. 2.- Las leyes que autorizan empréstitos cuyos servicios sean superiores al porcentaje en que se pueden afectar los recursos ordinarios. 3.- Los actos legislativos que se considere conveniente someter a consulta antes de su vigencia. Toda propuesta que sea sometida a consulta popular obligatoria se tendrá por rechazada por el pueblo si una mayoría de más del treinta y cinco por ciento de los votos de los electores inscriptos en el Registro Electoral no la aprueba.-“

Es así que la Corte entiende que nuevamente debe debatirse si en el caso una interpretación de artículos de una constitución local puede estar reñida con los artículos 1° y 5° -principalmente- de nuestra Constitución.

Es interesante como en La Rioja se vuelve a sostener en el considerando 10, y con citas a los precedentes analizados, “Que el equilibrio de los valores del federalismo con aquellos que sustentan el sistema republicano explican que esta Corte intente ejercer su atribución de revisión judicial de las leyes provinciales con máxima prudencia y reserve esa delicada función a los más excepcionales supuestos, es decir, aquellos en los que se evidencia un ostensible apartamiento inequívoco sentido de las que resulten lesionadas ordenamientos provinciales representativo republicano del normas de derecho público local del instituciones fundamentales de los que hacen a la esencia del sistema que las provincias se han obligado a asegurar¹⁹”

Por lo tanto, la Corte entiende que lo que debe verificar es “...si la Provincia de La Rioja, cuando aprobó la enmienda constitucional impugnada, pudo haber lesionado la esencia del sistema representativo republicano a través de un ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local.”²⁰

¹⁹ Cita la Corte el fallo Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz”, considerandos 7° y 9° del voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti y considerando 10 del voto del juez Rosatti.

²⁰ Considerando 12 del voto de la mayoría.

Efectuada la consulta popular el 29 de enero de 2019, los resultados fueron, conforme Tribunal Electoral Provincial “71.518 votos por el SI, que representan el 25,48 % de los electores inscriptos en el Registro Electoral; 50.742 votos por el NO, que representan el 18,08 % de los electores inscriptos en el Registro Electoral; 1.220 votos nulos; 939 votos en blanco; total 124.419 de votos emitidos” Así, la Corte entiende que debe verificar si lo efectuado es conforme el artículo 177 de la Constitución local – porcentaje de diputados (2/3 de sus integrantes), y luego requisitos de votos en el electorado (35 % de negativa para rechazar la enmienda).

Por lo tanto, conforme considerando 20, lo que se debe verificar es si existen dos cuestionamientos de puro derecho que necesitan ser esclarecidos, pues una interpretación o aplicación contra-constitutionem de los mismos importaría una violación no solo de la Norma Fundamental local sino principalmente de la Norma Fundamental Nacional, en tanto incidirían de modo dirimente en la forma republicana de gobierno que las provincias están obligadas a cumplir como condición del reconocimiento de su autonomía (artículo 5° de la Constitución Nacional)²¹”.

Al respecto, el análisis de la Corte se centra en indagar qué se entiende por “**primera elección general que se realice**”, conforme artículo 177, existiendo tres opciones (i) equiparar la expresión “primera elección general que se realice” con “primera elección que se realice”, independientemente de que coincida con los actos eleccionarios previstos por la Constitución local (esta parece ser la posición sostenida por el demandado, la ley 10.161 y el Superior Tribunal de la provincia en el pronunciamiento antes referido); (ii) equiparar la expresión “primera elección

²¹ Continúa el considerando estableciendo que “Se trata de la recta interpretación de las normas que regulan el ejercicio del poder constituyente local, a efectos de garantizar la necesaria separación entre el poder constituyente y el poder constituido en caso de reforma por vía de enmienda, pues la inexistencia de una Convención reformadora ad hoc en estos casos no implica la vulneración del mensaje constituyente que emana del artículo 84 de la Carta Fundamental riojana.”

general que se realice” con “la siguiente elección general que se realice para cubrir los cargos que, de acuerdo a la Constitución provincial, provienen de la elección popular”, que en el caso de La Rioja abarca a los diputados, gobernador y vicegobernador (esta parece ser la posición sostenida por los actores) o aun autoridades municipales; y (iii) equiparar la expresión “primera elección general que se realice” con “primera elección general que se realice para cubrir el cargo cuya regulación constitucional se procura enmendar”. **Y la Corte se inclina por la tercera opción.**²². Entendiendo ello, además, en consonancia con los propios antecedentes históricos previos de la provincia de La Rioja, donde no se convocó a una consulta *ad hoc*.²³

Respecto de los porcentajes para rechazarla –un 35 % del total-. De no lograrse tal porcentaje, el Tribunal electoral provincial entiende que –a contrario sensu- queda aprobada-. Sin embargo, la Corte desacredita estos fundamentos en los considerandos 34 a 36. Así, la Corte entiende que “...el principal inconveniente –a la luz de la organización democrática del poder como presupuesto del orden constitucional- que presenta la lectura del artículo 84 efectuado por las autoridades riojanas, es que pone en cabeza de la legislatura provincial la potestad de modificar la Constitución sin que el pueblo explicita su

²² Considerando 24.

²³ La Corte aporta un argumento lógico además, entendiendo que Pero además, que esto evita “que a futuro la diferenciación temporal de las convocatorias para la cobertura de cargos electivos en la provincia pueda generar confusión (o se preste a manipulación), resulta recomendable que –cuando se intente modificar por enmienda el texto de una norma de contenido institucional, como en el sub judice- se entienda por “primera elección general” a la “primera elección general que se realice para cubrir el cargo cuya regulación constitucional se procura enmendar”. De ese modo, se evitará que la no simultaneidad temporal de elecciones para diputados provinciales, gobernador-vicegobernador y autoridades municipales, mecanismo previsible dentro del derecho público provincial, permita que se multipliquen las “primeras elecciones generales” a los efectos de la enmienda, produciéndose el siguiente fenómeno: en la “primera elección general” para diputados provinciales, o autoridades municipales, convocada para la fecha 1, (i) se vote la consulta popular destinada a modificar el texto referido a gobernador-vicegobernador, (ii) se logre la vigencia de la enmienda y (iii) se lo aplique en la elección de gobernador-vicegobernador convocada en la fecha 2, separada artificialmente de la fecha 1 al solo objeto de concretar la enmienda.

voluntad en el mismo sentido. La práctica implica despojar al pueblo del poder constituyente derivado y otorgárselo a un poder constituido -la legislatura de la provincia-, cuya decisión se presumirá válida a menos que el pueblo la rechace. No importa entonces cuántos votantes estén a favor de la reforma, sino que se exige saber cuántos están dispuestos a rechazarla, y ello a pesar de que el artículo 177 de la Constitución provincial establece que la enmienda solo quedará incorporada si fuere “ratificada” por consulta popular.”

Por lo tanto, conforme considerando 35, “...esta interpretación no resulta posible de acuerdo a la construcción de la teoría del poder constituyente como función exclusiva y excluyente del pueblo.” Es decir, no opera la presunción de validez que establece el sistema. En efecto, conforme considerando 36, “...puede observarse entonces que una comprensión republicana del proceso democrático no avala la interpretación que pretenda sostener que el 35% debe ser alcanzado únicamente por los votos emitidos a favor del “NO”. Ese planteo implica considerar que la voluntad de todos los ciudadanos que no fueron a votar o que votaron en blanco fue aprobar la reforma, lo cual no traduce la conformación de una mayoría explícita a favor del cambio constitucional propuesto. (ya que, continúa) Desde esa perspectiva, se presume que todo aquel que no votó por la negativa en forma expresa se expresó -aun sin ir a votar- a favor de la reforma. Dicho de otro modo: aunque más del 74% de los riojanos no expresaron su voluntad a favor de la enmienda -para retomar el texto del artículo 84 “no aprobaron la reforma” sea cual fuera la manera en que dejaron plasmada su “no aprobación”- el Tribunal Electoral Provincial decidió que su voluntad era la inversa, es decir, la de aprobar la reforma.”²⁴

Rosenkrantz, en su voto, hace énfasis en que el artículo 177, en cuanto refiere a primera elección general, nunca puede

²⁴ Retomando la exégesis histórica, en los anteriores casos de enmiendas se buscó obtener el 35 % de los votos afirmativos del electorado.

interpretarse como “cualquier oportunidad en que se decida convocar la consulta popular.”, coincida o no con una elección general²⁵. Highton, por su parte, resalta de una claridad incontestable que en la Constitución riojana se tuvo la intención de fijar con precisión el momento de realización de la consulta popular, vinculándola con la primera elección general que se lleve a cabo. Por eso, “Siguiendo esta línea interpretativa carece de todo sentido la argumentación planteada por la Provincia de La Rioja de que la expresión “primera elección general” podría ser “una elección para cargos electivos si ya hubiese un cronograma electoral en curso, o también una elección separada, siempre y cuando tenga carácter general” Continúa párrafos adelante “Por las razones expuestas, no caben dudas entonces de que en el artículo 177 de la Constitución provincial se tuvo la clara intención de hacer coincidir la consulta popular con la primera elección que se celebre dentro del calendario electoral, esté fijado o no. Resultaría absurdo -y por tanto inadmisibles y contrario a un elemental principio hermenéutico (conf. doctrina de Fallos: 289:200, 304:1403, entre otros)- suponer que el constituyente redactó una norma vacía de contenido”.²⁶

En definitiva, y sintetizando la Corte:

- a. Interpreta violatoria la convocatoria de una consulta ad hoc, hecho inédito en la historia de La Rioja, para validar una enmienda, en vez de utilizar la primera elección general existente, conforme artículo 177
- b. Entiende que la interpretación que efectúa el Tribunal Superior de Justicia sobre su artículo 84 constitucional es forzado, violentando el sentido más obvio del entendimiento común de su interpretación, sobre todo respecto de los porcentajes necesarios para el rechazo o aprobación de la norma.

²⁵ Considerando 5º del voto de Rosenkrantz. Luego expone que así fue entendido por la propia provincia en procesos similares anteriores.

²⁶ Considerando 5º del Voto de Highton

c. Detecta, por ende, evidente el apartamiento de las normas de Derecho Público local, invalidando lo actuado por los Tribunales locales que aprobaron la enmienda.

IV. Rio Negro

Finalmente, en Rio Negro, el centro de la discusión es el cómputo de los mandatos del gobernador. Así, el artículo 175 de la Constitución provincial Rionegrina es claro en su redacción respecto de la relección, en tanto, “El gobernador y el vicegobernador pueden ser reelectos o sucederse recíprocamente por un nuevo período y por una sola vez. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos sino con un período de intervalo.” No es caprichoso, como vimos en “Santiago del Estero”, encontrar similitudes con el artículo 90 de nuestra constitución nacional.

Alberto Weretilneck fue elegido vicegobernador en 2011, junto al gobernador electo Carlos Soria. A pocos días de asumir es asesinado, reemplazándolo entonces Weretilneck en la gobernación. Entonces, siendo que fue reelegido en 2015, ¿este es su primera relección como gobernador, o debe computarse que ya fue elegido como vicegobernador en un período –asumiendo, como dijimos, como gobernador-, y en otro como gobernador, no pudiendo ser reelecto nuevamente?

Por su parte, el artículo 180, para los casos de acefalía, conforme apartado 2), “En caso de fallecimiento, destitución, renuncia o inhabilidad definitiva del gobernador, antes o después de su asunción, lo reemplaza el vicegobernador hasta el término del mandato.” El vocablo *reemplaza*, ¿permite considerar dicho primer mandato como no computable en términos del artículo 175, pudiendo ser elegido y reelegido como gobernador en dos períodos consecutivos posteriores?

Vemos que el tema se cierne a la interpretación de dos artículos de la constitución provincial.

En su fallo, el Tribunal Electoral Provincial²⁷, dándole lugar al Frente para la Victoria, en tanto el actual gobernador no se encuentra habilitado para ser candidato conforme el citado artículo 175. Ya que, de no considerarse así, se vulneraría el principio republicano que promueve periodicidad en los mandatos, entre otros argumentos. Entiende que dado que existe prohibición a la sucesión recíproca indefinida, una persona no puede alegar, para un tercer mandato, haber iniciado el mismo como vicegobernador para luego culminar como gobernador –y que ese mandato no cuente como uno de los períodos de elección. En sus palabras, “Así, para la impugnada, el Sr. Alberto Weretilneck eventualmente estará en ejercicio de la primera magistratura provincial como gobernador 8 años, ya que los tres primeros años y 344 días eran parte del mandato de Carlos Soria que debió cumplir por reemplazo legal.” Esgrime otros argumentos de interpretación del alcance de la norma, que, entiendo, son de menor valor argumentativo. Así, resuelve que “...debe atenderse que mediante los arts. 174 y 175, la Constitución Provincial regla la duración del mandato -en cuatro años- de los integrantes de la fórmula Gobernador - Vicegobernador y la posibilidad de su reelección o la recíproca sucesión de sus integrantes por un nuevo periodo y por una sola vez. Ello, al amparo del sistema republicano y democrático de gobierno que dijo adoptar en su art. 1.” Por lo tanto, y a modo de síntesis, “...si por el principio republicano adoptado en Río Negro la duración del mandato se ha fijado en 4 años (art. 174) y se permite una reelección o sucesión recíproca por un nuevo periodo y por una sola vez (art. 175), solo puede interpretarse que mientras la primera es una regla, que como tal es inderrotable en base a principios y valores, **la segunda alternativa fijada por el primer párrafo del art. 175 se alza -desde su nacimiento- como una excepción reglada a aquélla, siendo por ello de**

²⁷ Fallo del 26 de febrero de este año, en el “Incidente de Impugnación de Candidatura en Autos Alianza Electoral Transitoria Juntos Somos Río Negro s/Oficialización Lista de Candidatos (Elección Provincial 7/04/2019. Ver fallo completo en <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/083/082/000083082.pdf>

interpretación restrictiva.” El resaltado es propio. A mayor abundamiento, el Dictamen 91 de la Convención Constituyente, establecía “...posibilidad de reelección de ambos funcionarios, del Gobernador y del Vicegobernador., por una sola vez” (Ver Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Provincia de Río Negro, del 4/4/88, págs. 14 y 15).” Por lo tanto, habilitar a un tercer mandato al gobernador resulta ilógico y violatorio de la normativa aquí expuesta.

Contrario a lo decidido por el Tribunal Electoral, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro revocó lo decidido. El Dictamen previo del Procurador retomó el argumento en donde “el Vicegobernador que circunstancialmente ejerció la función ejecutiva por acefalía (art. 180 inc. 2 Constitución Provincial) nunca fue electo por el pueblo (soberano) como Gobernador de la Provincia de Río Negro. El ejercicio de las facultades y deberes de gobierno las desarrolló como relevo del gobernador electo (Dr. Soria) y hasta la expiración constitucional del mandato de este.”, vedando la candidatura del gobernador recién para el período 2023-2027. El fallo del STJ basa su centralidad en la pertenencia del Vicegobernador al Poder Legislativo, y que en su caso, conforme circunstancias ejerció “...la función ejecutiva por acefalía (art. 180 inc. 2 Constitución Provincial) **nunca fue electo por el pueblo (soberano) como Gobernador de la Provincia de Río Negro. El ejercicio de las facultades y deberes de gobierno las desarrolló como relevo del gobernador electo (Dr. Soria) y hasta la expiración constitucional del mandato de este.**” –el resaltado es propio-. Haciendo mucho hincapié en esa unipersonalidad del Poder Ejecutivo.²⁸ Luego, entiende que al decir reelegir o sucederse recíprocamente, evidencia que esta última opción es solo si hay enroque de ambos cargos. Por lo tanto, “Debe entenderse que no hay sucesión recíproca entre el Gobernador y Vicegobernador si no son las mismas personas las que hacen entrecruzamiento de esos cargos.” Limita el fallo entonces a sólo tres supuestos del 175, a saber: “1) que el

²⁸ Argumento este que no conmovió a la Corte en lo más mínimo.

Gobernador sea reelecto como tal por un nuevo período; 2) que el Vicegobernador sea reelecto como tal por un nuevo período y 3) que haya una inversión de los cargos entre las mismas personas de forma tal que “recíprocamente” el Gobernador ocupe el lugar del Vicegobernador y éste el de aquél.”

Y que el Tribunal Electoral incorporó un nuevo supuesto, esto es, “...quien habiendo sido electo Vicegobernador en un período haya sido luego electo como Gobernador por otro período inmediato.” Por lo tanto, “...el art. 174 establece la duración del mandato en la normalidad, es decir mientras no se cumple la condición prevista en el art. 180 de la Constitución Provincial que fija las reglas de sucesión en caso de acefalía. Por ello, los cuatro años conforman el mandato del Gobernador siempre que no se cumpla la condición de vacancia.”

Finalmente, la Corte recibe el caso, en donde la provincia argumenta que “...la cuestión propuesta versa sobre la interpretación de una cláusula constitucional ajena a la incumbencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, e invoca la ausencia de incertidumbre en virtud de un pronunciamiento jurisdiccional local que ha dirimido la cuestión.”²⁹

En respuesta, la Corte entiende, y citando nuevamente “Santiago del Estero” en su considerando 7° que “...la circunstancia de que el acto impugnado haya emanado de un órgano del Poder Judicial local -el Superior Tribunal de Justicia-, tampoco impide la sustanciación de la causa en la instancia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.”³⁰

La Corte, nuevamente se dispone analizar si la Constitución Provincial –o la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro hizo de ella se enmarcó en los límites permitidos de la Constitución Nacional.

²⁹ CSJN, Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo., 22/03/2019. Considerando 3°.

³⁰ En dicha causa, como veremos más adelante, la situación es análoga, en donde Gerardo Zamora, Gobernador entonces de Santiago del Estero, había sido impugnado en su búsqueda de tercer mandato.

Remarca la Corte que “...el desarrollo del proyecto constitucional argentino presupone un marco político e institucional en el que confluyen las reglas del federalismo -entendidas como las que aseguran que los pueblos de las provincias pueden gobernarse de acuerdo a sus propias decisiones- con las que caracterizan al sistema republicano -como compromiso de esos pueblos con la Constitución federal, de dividir y ordenar el poder para evitar que se concentre indebidamente-.”³¹

No obstante las provincias poder elegir sin intervención del Gobierno Nacional sus regímenes electorales, eligiendo sus autoridades³², la Constitución Nacional sujeta la autonomía provincial al aseguramiento del sistema representativo y republicano, entre ellos, la periodicidad de los mandatos.³³

Más adelante, el considerando 22 establece que lo determinante es analizar artículo 175 de la Constitución provincial, pues una interpretación o aplicación contra-constitucional de la misma importaría una violación no solo de la norma fundamental local sino principalmente de la Norma Fundamental nacional, en tanto incidiría de modo dirimente en la forma republicana de gobierno que las provincias están obligadas a cumplir como condición del reconocimiento de su autonomía. Por lo tanto, no quedan dudas –considerando 23-, que no se puede (a 1) que un ciudadano electo por dos períodos consecutivos como gobernador, sea reelecto de manera inmediata como gobernador o vicegobernador por un nuevo período. (a2) que un ciudadano electo por dos períodos consecutivos como vicegobernador, sea reelecto de manera inmediata como vicegobernador o gobernador por un nuevo período.

Por lo tanto, concluye la Corte que “en cuanto prevé que si el gobernador y el vicegobernador han sido reelectos no

³¹ Considerando 11 *in fine*.

³² Considerando 12.

³³ Considerando 13.

pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos sino con un período de intervalo.”³⁴

En cuanto al análisis de la sucesión recíproca, “El planteo remite a dos respuestas posibles. La expresión “se han sucedido recíprocamente” puede referirse a: (b 1) una inversión de cargos entre las mismas personas, es decir aplicable a casos de reelección cruzada, donde ambos miembros del binomio fueron electos para un nuevo período en el cargo diverso al que fueron electos en el primer período - criterio del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro-; (b2) aquellos casos en que un miembro del binomio fue electo para el segundo período en el cargo diverso del que fue elegido en el primer período, independientemente de la persona que haya sido elegida para el otro cargo.”³⁵ De lo contrario, si solo fuera el caso de cargos cruzados, permitiría que uno solo pueda ir intercambiando ambos cargos del binomio indefinidamente³⁶

Con estos argumentos³⁷, la Corte invalida la presentación de la candidatura del gobernador.

V. Disidencia de Rosenkratz

Rosenkratz entiende que lo que está en juego en el caso es un debate de interpretación y alcance de normas locales. Así, en el considerando 4º), y con clara reminiscencia a “Santa Cruz”, sostiene que Como se desprende de la reseña precedente, en la demanda se pone en cuestión únicamente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia en contra de los intereses de la parte actora sin que la actora se agravie por ningún otro acto

³⁴ Considerando 23. Finaliza el considerando sosteniendo que Pues bien, a partir de la elemental regla interpretativa de “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero”, corresponde únicamente concluir que el pueblo de la provincia -a través de sus constituyentes estableció el límite de una sola reelección consecutiva para los cargos mencionados, cualquiera de ellos fuera.

³⁵ Considerando 24.

³⁶ Considerando 26.

³⁷ Y retomando el concepto “sentido más obvio del entendimiento”.

de la provincia. **Las sentencias definitivas de los tribunales superiores de provincia ponen fin a los procesos donde está en juego la validez de normas locales o las interpretaciones que de ellas realizan las autoridades locales y, en principio, su cuestionamiento solo puede hacerse mediante la correspondiente apelación por ante esta Corte en los casos y bajo las condiciones que establece el artículo 14 de la ley 48.** Es decir, que corresponde a lo que el artículo 117 de la Constitución denomina su jurisdicción apelada, que debe ser ejercida con las reglas y excepciones que fija el Congreso. **Estas reglas básicas que rigen la distribución de poder entre la Corte Suprema y los tribunales provinciales, y que son esenciales para honrar lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Nacional que autoriza a las provincias a darse sus propias instituciones y regirse por ellas,** solamente han admitido excepción bajo condiciones especiales, como lo fueron las que dieron lugar al pronunciamiento dictado el 22 de octubre de 2013 en la causa U 58 XLIX “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero s/ acción declarativa de certeza” (Fallos, 336:1756). –los resaltados me pertenecen.

No obstante, Rosenkrantz, lejos de finalizar allí su voto, entiende que las normas constitucionales en juego son el artículo 5° y el 122. La regla del 122 (elegir sus autoridades sin intervención del Gobierno Federal), sólo cede ante la necesaria intervención para garantizar el sistema republicano de gobierno. Y este apartamiento tiene que ser ostensible. De no ser así, la Corte se ubicaría como el último intérprete de las constituciones y leyes locales, en cuanto ellas reglamentan el principio republicano, lo que implicaría sin duda la anulación del sistema federal de gobierno que nuestra Constitución ha adoptado, en general, en el artículo 1° de la Constitución.”³⁸

Por lo tanto Rosenkrantz que no ve que este sea un caso asimilable a “Santiago del Estero”, porque allí se había puesto

³⁸ Considerando 8° del voto de Rosenkrantz

en cuestión el intento del gobernador en ejercicio de ser electo por tercera vez en el cargo, pese a la prohibición establecida en la constitución provincial y a la existencia de una cláusula transitoria que expresamente le cerraba ese camino, quedando clara la ilegitimidad de la oficialización de la candidatura.

Sí lo asemeja a “Santa Cruz”, en tanto no alcanza con mantener algún criterio discordante para declarar un texto contrario a la Constitución Nacional.

VI. Disidencia de Highton

Basada también en el respeto al federalismo, y en la fuerza de los artículos 121 y 122, y en tanto los órganos jurisdiccionales provinciales son los naturales intérpretes de las normas de derecho público local, “...no le incumbe a esta Corte Suprema discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme al artículo 122 referido (Fallos: 177:390). Su misión más importante consiste en interpretar la Constitución Nacional de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa. Del logro de ese equilibrio debe resultar la adecuada coexistencia de dos órdenes de gobierno cuyos órganos actuarán en dos órbitas distintas, debiendo encontrarse solo para ayudarse (Fallos: 186:170; 307:360).” Por ende, la Corte solo interviene ante ostensibles violaciones del orden público local. Y no ve este caso dentro de ese límite³⁹.

VII. A modo de conclusión

“Río Negro” deja, quizás, un final abierto respecto de las intromisiones de la Corte en materia de Derecho Público local electoral. El voto de la mayoría analiza el texto constitucional

³⁹ Referenciando también el caso de Santa Cruz

rionegrino, y entiende que sólo le cabe la interpretación asimilable a nuestra Constitución Nacional. Cuando, como expusimos, aún con algún reproche, y dadas las particularidades del caso, existían otras interpretaciones. Así lo entienden, con diversos argumentos, Rosenkrantz y Highton. Advierten que una interpretación posible de los Tribunales locales, que no sea evidentemente contraria al texto, no debería ser tachada de inconstitucional por el máximo tribunal.

Entendemos que, si cuando la Corte analiza la posible inconstitucionalidad de una Ley lo hace con la mayor prudencia posible, inclinándose ante la duda por su validez⁴⁰, más aún, y en tanto así se garantiza el sistema federal de gobierno conforme artículos 1º, 5º y 122, debe estar atento a no invalidar decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia provinciales ante algún margen de duda en su interpretación. Caso contrario, la Corte actúa con una indebida intromisión en analizar –y de alguna manera, querer compatibilizar- textos constitucionales locales, que, conforme nuestro sistema, deben quedar sujetos al análisis exclusivo –aunque dicho análisis no nos guste, claro está-, de los Poderes Judiciales provinciales. Esta Corte que, en su calidad de tutora, interviene aun en casos dudosos, amplía sus facultades en desmedro de los tribunales locales, contrariando los propios artículos constitucionales que dice defender.

⁴⁰ Tema ajeno al presente trabajo, pero desarrollado acabadamente por la Corte Suprema. En “Rodríguez Pereyra”, incluso, entendiendo que la declaración de inconstitucionalidad puede ser de oficio -, aunque, repitiendo en el considerando 14), que ante la duda debe estarse en favor de la validez de las normas. CSJN, Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios. 27/11/2012. Fallos 335:2337.

Jurisprudencia Bonaerense

*Fernando Aмосa*¹ | Universidad Católica de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 460-488

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e285>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2706-1650>

1. TRIBUNALES INFERIORES

Tribunal: Cámara De Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II

Fallo: Fleitas, Olga Esther c. Empresa del Oeste S.A. de Transporte y otros s/ Daños y Perj. Autom. c/ les. o muerte (Exc. Estado) – (23/04/2019)

Voces: TICs, Street View Google Maps, Medios de Prueba, Documento Digital, Internet, Fotografías. Responsabilidad Civil

Sumarios:

- En atención a las posibilidades de representación del entorno, puede ser considerado el documento por excelencia para incorporar al expediente, y su utilización por los jueces para formar su convicción es posible, ya que estos pueden trabajar con documentos que las partes no hubieran arrimado al proceso (art. 36 inc. 4.c del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

- El uso de Street View es un medio para auxiliar al juez y facilitar la ubicación en un contexto físico determinado en tres dimensiones.

- El uso de Street View de Google Maps para formar la convicción del juez de la causa y así determinar si efectivamente había una rotonda en el lugar del accidente de tránsito, y

¹ Abogado (UCALP), docente del Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP) y asistente jurídico del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires. E-mail: Fernando.amosa@gmail.com

clarificar que vehículo tenía prioridad de paso, fue válido, pues el juez, al valerse de esa herramienta informática, no sustituyó ningún medio probatorio, ya que se había efectuado la pericia específica, y el dato recabado del sistema no sirvió más que para complementar y apreciar mejor el dictamen.

- La sentencia que responsabilizó al conductor de una motocicleta por el accidente de tránsito con un colectivo debe ser confirmada, en tanto, este fue el agente activo de la colisión y carecía de prioridad de paso en la rotonda, donde el siniestro tuvo lugar, cuestión que surge de sus propias manifestaciones y de la prueba pericial.

Extractos del decisorio:

- *“Cuestiona la actora el rechazo de su demanda, sosteniendo que a lo largo del expediente hay pruebas de sobra que determinan la culpabilidad del demandado.”*

- *“Yendo al análisis del expediente, en primer lugar hay un dato fundamental: la actora circulaba en una motocicleta y es ella la que embiste al colectivo de la empresa demandada, en su parte trasera” (...) Yendo al análisis del expediente, en primer lugar hay un dato fundamental: la actora circulaba en una motocicleta y es ella la que embiste al colectivo de la empresa demandada, en su parte trasera (el carácter de embistente de la motocicleta) es reconocida por la propia accionante en su escrito liminar cuando afirma que —frente a la maniobra y detención del colectivo— “no llega a esquivarlo y termina embistiendo su lateral izquierdo con la parte trasera del ómnibus (...) el carácter de embistente de la motocicleta surge —también— de la pericial de ingeniería.”*

- *“Si la actora pretendía que nos apoyáramos en estos dichos testimoniales debió —de manera concreta y razonada— demostrar el yerro del fallo en el punto; cosa que ni siquiera intenta, lo que demuestra su conformidad —o al menos aquiescencia— con este tramo de la decisión (...) El Sr. Juez de Grado consideró que ella asistía al colectivo, por circular en una rotonda, haciendo aplicación del art. 43 inciso e) de la ley 24.449”*

- *“...hay un dato fundamental: la actora circulaba en una motocicleta y es ella la que embiste al colectivo de la empresa demandada, en su parte trasera. (el carácter de embistente de la motocicleta) es reconocida por la propia accionante en su escrito liminar cuando afirma que —frente a la maniobra y detención del colectivo— “no llega a esquivarlo y termina embistiendo su lateral izquierdo con la parte trasera del ómnibus”*

- *“el carácter de embistente de la motocicleta surge —también— de la pericial de ingeniería llevada a cabo”*

- *“si la actora pretendía que nos apoyáramos en estos dichos testimoniales debió —de manera concreta y razonada— demostrar el yerro del fallo en el punto; cosa que ni siquiera intenta, lo que demuestra su conformidad —o al menos aquiescencia— con este tramo de la decisión.” El Sr. Juez de Grado consideró que ella asistía al colectivo, por circular en una rotonda, haciendo aplicación del art. 43 inciso e) de la ley 24.449.”*

- *“Por nuestra parte, en alguna ocasión hemos utilizado —por ejemplo— croquis extraídos del servicio Maps, solo como recurso gráfico a los fines expositivos, considerando que la disposición de las arterias es un dato de público y notorio conocimiento (esta Sala en causa MO-38154-2012, R.S. 216/17, entre otras).”*

- *“Comencemos por el croquis: Es así como se observa —muy claramente— que el perito grafica una rotonda, sitúa al colectivo transitando por la misma, y a la motocicleta embistiéndolo desde atrás. (...) del dictamen (y sus adjuntos) surge con toda claridad que sí existía una rotonda y que el colectivo circulaba por ella, cuando fue embestido —desde atrás— por la parte actora, que se incorporaba a la misma (...) sobre este punto, el fallo en crisis tiene otra particularidad: el Sr. Juez de Grado abrevó —para formar su convicción— en la herramienta Street View de Google Maps (...) Teniendo en cuenta la época en la que se sancionaron nuestros Códigos Procesales, los mismos no contienen ningún tipo de referencia a este tipo de tecnologías. Pero las mismas existen, y están disponibles*

Con lo cual se impone al operador jurídico intentar definir si es posible, o no, su utilización en el marco del proceso y, en su caso, cómo debe hacerse.

Partimos de una premisa fundamental: la prueba debe producirse por los medios específicamente previstos (art. 376 Cód. Proc. Civ. y Comercial) y el contemplado para los casos en que se quiere constatar el estado de lugares o cosas, es el reconocimiento judicial (art. 477 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con todo, y poniendo las cosas en perspectiva, es claro que cuando se diseñó el sistema normativo del Código, el medio en cuestión se estructuró así por la sencilla razón de que no existían —aún— tecnologías que le permitieran al magistrado hacerse presente no de manera física sino virtual en determinado lugar.

Por lo demás, y afinando el análisis, para darle un encuadre jurídico al asunto, podremos decir que cuando se utiliza Street View, estamos frente a un documento, con aptitud representativa y que ingresa en el ámbito del art. 287, último párrafo, del Cód. Civ. y Com. de la Nación. (...)es, en definitiva, un documento; uno muy grande, podrá decirse; conformado por la unión de muchos otros documentos; pero un documento al fin (...)Street View (dadas sus posibilidades de representación del entorno) pueda ser considerado el documento por excelencia (...)el juez puede trabajar con documentos que las partes no hubieran arrojado al proceso (...) el art. 36 inc. 6° del Cód. Proc. Civ. y Comercial posibilita al juez “mandar, con las formalidades prescritas en éste Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros en los términos de los artículos 385° y 387°” (...) Como lo llevo dicho, en el caso de Street View, se trata de un documento, y que está en poder de un tercero (la compañía) (...) con la irrupción de las TICs, estamos frente a nuevas realidades documentales (...) lo prescripto por el art. 471 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.” (...) Recordemos que el mismo establece que “De oficio o a pedido de parte, el Juez podrá ordenar. 1°) Ejecución de planos,

relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas, o de otra especie, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos mecánicos”.

- *“Nuestro supuesto se emplazaría en el ámbito del inciso 1°; y así podemos señalar que —en ciertos casos— no tendría ningún sentido disponer la ejecución de este tipo de medidas, cuando las mismas ya fueron ejecutadas y están disponibles para el público en general, en el contexto de la herramienta que vengo mencionando (...) considere correcto que, al momento de decidir, el magistrado abreve directamente en cualquier fuente que pudiera encontrar en la red (...) lo que se trata de determinar es la disposición y trazado de las arterias (...) Incluso alguna normativa provincial comenzó a contemplar el uso de esta herramienta (cfe. Dec. 1705/2018, de la Provincia de Córdoba, en su art. 25).”.*

- *La doctrina española también ha estudiado el tema, señalando que el uso de Street View no constituye en sí mismo un medio de prueba legal y no pretende serlo tampoco, ya que el medio de prueba sería la declaración del testigo, de parte o la pericia, limitándose el programa informático a auxiliar al juez y facilitar la ubicación en un contexto físico determinado en tres dimensiones”.*

- *De este modo, entiendo que —en el caso concreto— al valerse de dicha herramienta, no se sustituyó ningún medio probatorio porque aquí ya se había efectuado la pericia específica, acerca de la cual las partes pudieron intervenir en su facción y contralor, y el dato recabado de Street View no sirvió más que para complementar (y apreciar mejor) ese dictamen (arts. 384 y 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).*

- *Zanjada esta cuestión, tenemos que —en definitiva— se encuentra probado que la actora tuvo el carácter de embistente, contra un colectivo que circulaba por una rotonda (y, por ello, con prioridad de paso), impactando contra la parte trasera del mismo y sin que se demostrara, de ninguna manera, que el colectivo hubiera realizado una maniobra incorrecta o inadecuada (como lo sostuviera la actora en su libelo inicial).*

- *El antedicho cuadro de situación deja en evidencia que la actora no mantuvo adecuadamente el dominio de su rodado y que tampoco respetó la prioridad de paso, que le asistía al colectivo (...) confirmar el decisorio recurrido en todo cuando ha sido materia de agravio (...) con costas a la actora (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial) Cód. Proc. Civ. y Comercial).*

Tribunal: Cámara De Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar Del Plata, Sala I

Fallo: T., N. D. c. Omint S.A. de Servicios s/ Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado) – (04/04/2019)

Voces: Aborto, Abuso del Derecho, Daños y Perjuicios, Consecuencias no patrimoniales, Cobertura Médica, Relación de consumo, interpretación, Abuso de la resolución contractual, Código Civil y Comercial de la Nación.

Sumarios:

- Una empresa de medicina prepaga se negó a atender a una afiliada con un aborto espontáneo en curso y resolvió el contrato tras afirmar que aquella había falseado datos en la declaración jurada de salud al momento de la afiliación. Iniciado juicio de daños, la sentencia condenó a la empresa a abonar una indemnización e impuso una sanción por daño punitivo. La Cámara confirmó el pronunciamiento.

- La Empresa de medicina prepaga que se negó a otorgar cobertura a una afiliada con un aborto espontáneo en curso y dio de baja el contrato invocando falseamiento de la declaración jurada de salud debe responder por los daños ocasionados, pues, al no acreditar la mala fe endilgada a la accionante, la resolución del contrato aparece injustificada y se configura un ejercicio irrazonable de esa facultad por parte de la empresa.

- La actora no obró de mala fe al completar la declaración jurada de salud de la empresa de medicina prepaga al momento de la afiliación, en tanto pudo haber considerado que la interrupción espontánea de embarazos anteriores no se subsume en lo que el formulario denomina una afección de

orden ginecológico, obstétrico o mamario, pues es la solución que se compadece con el principio protectorio del art. 42 de la Constitución Nacional, receptado en los arts. 1094 y 1095 del Código Civil y Comercial.

- La empresa de medicina prepaga que no otorgó cobertura a una afiliada que cursaba un aborto espontáneo invocando falseamiento de la declaración jurada de salud debe abonar una indemnización por daño moral, pues lo vivido por aquella impactó es su estado emocional, la colocó en una situación de vulnerabilidad con la incertidumbre derivada de la postergación de una solución inmediata a su problema y el peligro hacia su integridad corporal, aspectos que repercuten en un cuadro de angustia e inestabilidad interna configurativos de un daño resarcible.

- La empresa de medicina prepaga que no otorgó cobertura a una afiliada con un aborto espontáneo en curso y resolver el contrato librando a aquella a su suerte debe abonar una sanción en concepto de daño punitivo —en el caso, \$200.000—, pues su comportamiento exhibe un grado de indiferencia hacia el usuario y su situación particular que se traduce en un trato indigno y vejatorio, máxime cuando tenía a disposición otras alternativas menos gravosas para responder a la urgencia del caso salvaguardando a un tiempo sus propios intereses.

Extractos del decisorio:

• “V. Sentado lo anterior y abordando el agravio que constituye el eje de la apelación observo que el ataque se centra en la mala fe imputada a la actora al completar su declaración jurada de salud, falseando —según se alega— los antecedentes médicos al omitir consignar datos trascendentes. En este sentido se afirma que el cuestionario contestado por la Sra. T. era diáfano, y que ésta violó la buena fe (...) Estimo que las preguntas en cuestión exhiben un margen de incertidumbre que justifica la postura asumida por la actora ante la negativa expresada por la demandada, habilitando una interpretación distinta a la afirmada de modo tajante por esta última. Tal circunstancia,

valorada a la luz del principio protectorio del artículo 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 del de la Ley N° 24.240 —amén de su recepción en los artículos 1094 y 1095 del Cód. Civil y Comercial— en función de su condición de usuario y ante la posición que ocupaba como parte más débil en el vínculo contractual, resulta determinante.”.

- *“En este sentido subrayo que el régimen de defensa del consumidor se encuentra imbuido de aquel principio que se plasma en la regla según la cual “cuando una norma, general o particular, puede llevar a dos o más interpretaciones posibles, el intérprete debe privilegiar aquella que sea más favorable al consumidor en el caso concreto.” (Morea, A., “Derecho del consumidor. Principios jurídicos vigentes”, 05/03/2018, cita: MJ-DOC-12751-AR | MJD12751).”*

- *“...es receptado en los arts. 1094 y 1095 del nuevo régimen al establecer que, en caso de duda sobre la interpretación del Código o leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor, y que los contratos de consumo han de entenderse en el sentido más beneficioso para este último; siendo reafirmado en los artículos 3, 2do párrafo, y 37, anteúltimo párrafo de la Ley N° 24.240 (...) Siguiendo esa tesitura considero que en autos no cabe afirmar que la actora obró de mala fe al completar la declaración jurada de salud. Ello por cuanto, desde mi óptica, pudo haber interpretado válidamente que los antecedentes cuya omisión se le reprocha no quedaban aprehendidos en las preguntas incluidas en el cuestionario.”;*

- *“Retomando lo dicho con anterioridad, observo que la pregunta referida al eventual padecimiento actual o pretérito por la aspirante de una afección de orden ginecológico, obstétrico o mamario presenta un grado de indeterminación que aqueja el sentido de lo indagado y se extiende al alcance de la información requerida”;*

- *Para ser exacto, a mi juicio la terminología utilizada por OMINT al proponerse averiguar sobre posibles etiologías de índole ginecológico u obstétrico se abría a un campo de*

interpretación para quien debía responder, siendo dable que una persona sin conocimientos profesionales específicos asumiera que su situación personal no se enmarcaba concretamente en ese cuadro genérico (...) Siguiendo esa línea de razonamiento —que vértebra mi decisión— entiendo la actora pudo haber considerado que la interrupción espontánea de embarazos anteriores no se subsumía en el concepto antedicho, en tanto tales eventos se produjeron en circunstancias particulares sin que en su conjunto hayan sido calificados y diagnosticados por los galenos bajo el cuadro de una enfermedad puesta en conocimiento de la paciente.”

• *“Afincado en esa plataforma teórica entiendo que lo inquirido en el formulario elaborado unilateralmente por OMINT y suscripto por la Sra. T. era pasible de ser interpretado por la actora entendiendo que —en su contexto específico— aludía a una enfermedad diagnosticada, y no a episodios circunstanciales que, a pesar de su recurrencia, no fueron calificados por los especialistas como síntoma de un desorden patológico comunicado a la aquí actora”*

• *“...siendo que el contenido del cuestionario para admitir a sus aspirantes es estipulado por OMINT, es ésta quien ha de articular los medios para obtener una información lo más acabada y exacta posible de los puntos objeto de pesquisa, disipando de esa forma toda potencial incertidumbre que pudiese suscitarse al respecto. Desde esa óptica el desentendimiento generado sobre un aspecto que bien pudo haber sido dilucidado por la empresa no puede redundar en perjuicio del consumidor (...) En función de lo expuesto coincido con el magistrado de origen al concluir que, en el sub lite, no surge demostrado que la actora haya incurrido en mala fe en oportunidad de solicitar la afiliación, sin que ello emerja de lo consignado en la declaración jurada atento la posibilidad de una comprensión razonable por parte de la Sra. T. que difiere de la interpretación argüida por la apelante (...) Por ende, en tanto la mala fe endilgada a la accionante aparece indemostrada —sin poder aseverarse de manera categórica que incurrió en la conducta*

dolosa que se le imputa—, la resolución del contrato fue injustificada, concordando con el Juez en que medió un ejercicio irrazonable de esa facultad por parte de la empresa (...) Y, puesto que la baja del contrato dispuesta por OMINT careció de justificación, debe cargar con las consecuencias de ese proceder y afrontar la responsabilidad por los daños ocasionados al negarse a brindar cobertura para la realización de una práctica médica requerida con urgencia por la actora.

- *“Respecto de la falta de prueba que acredite el daño moral considero que de las constancias de autos surge tanto la existencia como la magnitud del perjuicio sufrido (...) En este aspecto la cobertura exigida por la reclamante para que se le practique un legrado a fin de extraer una gestación inviable al comprobarse la existencia de un embrión sin latidos, no solo demandaba celeridad para evitar el riesgo de infección generalizada sino que, por el carácter que revestía la intervención, suponía una delicada situación emocional y afectiva”.*

- *Respecto de la falta de prueba que acredite el daño moral considero que de las constancias de autos surge tanto la existencia como la magnitud del perjuicio sufrido.*

- *En este aspecto la cobertura exigida por la reclamante para que se le practique un legrado a fin de extraer una gestación inviable al comprobarse la existencia de un embrión sin latidos, no solo demandaba celeridad para evitar el riesgo de infección generalizada sino que, por el carácter que revestía la intervención, suponía una delicada situación emocional y afectiva.*

- *De la prueba citada y documental acompañada se desprende de modo irrefutable la existencia del daño moral experimentado por la Sra. T. a partir de la dilación y la ulterior negativa de cobertura de la prepaga.*

- *Las consideraciones que anteceden apreciadas en consonancia con lo explicado en el apartado previo me llevan a tener por demostrado que lo vivido por la actora tiene que haber impactado en su estado emocional, generándole un perjuicio*

que merece reparación. Ello a partir de un suceso que la colocó en una situación de vulnerabilidad, con la incertidumbre derivada de la postergación de una solución inmediata a su problema y el peligro hacia su integridad corporal; aspectos que —cabe inferir— repercuten en un cuadro de angustia e inestabilidad interna configurativos de un daño resarcible (argto. y doct. arts. 384, 385, 424, 474 y ccdtes. del Cód. Proc. Civ. y Comercial) (...) En última instancia aclaro que la doctrina que exigía la prueba del daño moral para acceder a su reparación en el ámbito contractual, queda de lado frente a la regulación de daño directo contemplado en el art. 42 de la LDC.”

- *“Ello por cuanto, en mi opinión, el comportamiento desplegado por la demandada —consistente en la inicial reticencia a otorgar cobertura de una práctica médica exigida con suma urgencia por la afiliada, y su posterior decisión de resolver el contrato sin acceder a la pretensión y librándola a su suerte— exhibe un grado de indiferencia hacia el usuario y su situación particular que se traduce en un trato indigno y vejatorio.”*

- *“En este aspecto estimo que el desinterés y la impasibilidad manifestada por la empresa con su actitud ante un escenario que, indudablemente, colocaba a la afiliada en un estado de extrema vulnerabilidad, tornan operativa la sanción prevista en el artículo 52 bis de la LDC en la medida en que las aristas particulares del caso ameritaban de su parte una conducta acorde con el riesgo inminente que se cernía sobre la actora; máxime teniendo en mira que la accionada desarrolla su actividad lucrativa como prestadora de cobertura en el ámbito del servicio a la salud desempeñándose en una esfera del mercado por demás sensible, con la consecuyente necesidad de conducirse con cautela y diligencia y extremar los recaudos para evitar cualquier daño que podría irrogar sus decisiones hacia personas que requieren de medicación, tratamiento o intervenciones con carácter impostergradable.”*

- *“...Por ello, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y sus fundamentos, se dicta la siguiente sentencia: I. Declarando que el recurso de apelación de la*

parte demandada cumple con la carga impuesta por el art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; II. Rechazando el remedio intentado, con costas a la vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). III. Difiriendo la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 decr. ley 8904/1977). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Devuélvase. — Ramiro Rosales Cuello. — Alfredo E. Méndez...”

Tribunal: Juzgado de 1ra. Instancia en lo contencioso Administrativo nro. 1° de La Plata.

Fallo: Díaz Reck, Malena c. A.R.B.A s/ medida autosatisfactiva - (27/12/2018)

Voces: Adopción, Código Civil y Comercial de la Nación, licencia por maternidad, medida autosatisfactiva, protección de la maternidad.

Sumarios.

- La licencia por comaternidad debe ser por 90 días, toda vez que la situación debe equipararse con la de la adopción, en tanto que el art. 558 del Cód. Civ. y Com., establece la igualdad de efectos para la filiación, sin distinguir los diferentes supuestos.
- La pretensión autosatisfactiva es viable, dado que si bien no existe acto administrativo que se haya expedido acerca de la pretensión de la actora, lo cierto es que, existe una petición clara y expresa de la accionante por la cual solicitó el otorgamiento de la licencia por maternidad, y que la demandada no la ha resuelto en debido tiempo y forma, según las circunstancias que la premura del caso requiere -fecha probable de parto-.

Extracto del decisorio:

- *“En primer lugar, corresponde analizar el planteo de la demandada respecto de la alegada ausencia de conformación del “caso” que habilite el ejercicio de la competencia en lo contencioso administrativo, dado que, según expresa la representación fiscal, no existe a la fecha decisión —contenida en un*

acto administrativo— de la autoridad demandada que resuelva la petición de otorgamiento de la licencia por maternidad. También sostiene que no se encuentra agotada debidamente la vía administrativa, ni configurado el silencio administrativo que habilite la procedencia de la acción (...) Sin embargo, entiendo que en el supuesto de autos existe una petición clara y expresa de la accionante por la cual solicitó el otorgamiento de la licencia por maternidad, ello el día 07/08/2018, hecho que no se encuentra controvertido en modo alguno. Así también observo que la demandada no la ha resuelto en debido tiempo y forma, según las circunstancias que la premura del caso requiere; de modo que la propia inactividad formal de la administración demandada no puede constituirse en un obstáculo que impida el acceso a la justicia (...) Admitir esta postura sostenida por la demandada, implicaría confrontar directamente con normas de jerarquía constitucional (arts. 8 y 25 de la CADH.; y 24 de la DADH.) (...) La urgencia está configurada por la fecha probable de parto”

- *La equiparación de la situación planteada en autos con la de la adopción, encuentra sustento en las normas del Cód. Civil y Comercial de la Nación, toda vez que el art. 558 establece la igualdad de efectos para la filiación, sin distinguir los diferentes supuestos (por naturaleza, por técnicas de reproducción asistida o por adopción), a la par que el art. 562, establece la voluntad procreacional como fuente de filiación, independientemente de quien haya aportado los gametos.*

- *“Es que en el abanico de licencias que se encuentran previstas en la ley 10.430, la adopción es la única que contempla la protección del niño por parte de quienes no son gestantes, situación en la que se encuentra la accionante y que —al mismo tiempo— coincide con la que se otorga a la persona gestante (...) De tal modo, la razonabilidad de la decisión también se observa desde el análisis consecuencialista que los jueces están llamados a realizar (conf. doctrina de fallos 302:1284; 307:1018 y 320:1962); teniendo presente para ello que ninguna decisión jurídica debe renunciar al compromiso de organizar la sociedad y el buen vivir de los ciudadanos, a cuyo fin, se*

debe efectuar un juicio práctico y sistemático, en el sentido de apreciar al Derecho como ciencia de la solución de problemas (conf. Lorenzetti, Ricardo L., “El juez y las sentencias difíciles - Colisión de derechos, principios y valores”, LA LEY 1998-A, 1039).”

- *En función de ello, existiendo una alta probabilidad de que le asista razón a la accionante —dada la ausencia de previsión legal expresa— y acreditada la urgencia debido a la cercanía de la fecha probable de parto, corresponde hacer lugar a la medida autosatisfactiva que reconozca el derecho de la actora a la obtención de una licencia por maternidad por el plazo de noventa (90) días.*

- *Por ello, de conformidad a los fundamentos expuestos y las normas citadas, resuelvo: 1) Hacer lugar a la acción instaurada por Malena Díaz Reck contra la Agencia de Recaudación de la provincia de Buenos Aires, reconociendo el derecho de la actora a la licencia por maternidad por el plazo de noventa (90) días contados desde el nacimiento*

Tribunal: Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala IV

Fallo: H., A. I.- (27/12/2018)

Voces: Femicidio, Homicidio, prisión perpetua, Violencia de Genero

Sumarios:

- Un hombre ingresó a la casa de su ex suegra, la estranguló hasta que perdiera el conocimiento, prendió fuego la vivienda y la víctima murió carbonizada. Fue condenado a la pena de prisión perpetua por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado.

- El imputado debe ser condenado a la pena de prisión en orden al delito de femicidio, cometido contra su exsuegra, ya que las conductas de hostigamiento y amenazas del encausado para con su expareja y su entorno familiar no tenían otra finalidad que la de demostrar su dominación y pusieron al

descubierto un patrón sociocultural basado en la inferioridad de la mujer.

Extractos del Decisorio:

• *“El 8 de noviembre de 2017 el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Junín resolvió en la causa n° JN-707-2016 condenar a A. I. H. a la pena de prisión perpetua, inhabilitación absoluta por igual término y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado (femicidio), hurto simple y daño, en concurso real (...) Contra ese pronunciamiento, el defensor oficial titular de la Unidad Funcional de Defensa N° 1 de ese departamento judicial, G. G. D., interpuso el recurso de casación que obra a fs. 68/77 del presente legajo (...) Solicita que se absuelva a su asistido (...) Solicita que se readecue la calificación al tipo básico del homicidio simple, debiéndose reducir la pena”.*

• *“En esta ciudad de Junín, siendo aproximadamente las 22:30 horas del día 15 del mes de agosto del año 2015, una persona de sexo masculino ingresó a la vivienda sita en calle..., en cuyo interior se encontraba la propietaria, Sra. L. B. O., y luego de practicarle maniobras de estrangulamiento, provocándole desplazamiento del hueso hioides, que la dejaron en estado de agonía, inició un foco ígneo valiéndose de un elemento exotérmico de rápida combustión que consumió gran parte de la vivienda, lo cual conflujo en el deceso de la misma, cuyo cuerpo resultó carbonizado (...) Resultó acreditado que A. H., mientras se movilizaba en el Gol hurtado, adquirió nafta en una estación de servicios cercana al lugar del hecho (...) En el juicio, el empleado de la estación de servicios ... Hnos. ubicada en las avenidas Rivadavia e Intendente de la Sota de Junín, señaló que el sábado 15 de agosto, alrededor de las 22:15 horas, atendió a A. H. quien con un bidón de cinco litros compró nafta. Explicó que lo conocía debido a que era cliente del comercio. Agregó que siempre concurría con una camioneta a cargar gasoil (...) Dicho extremo fue reconocido por el acusado en el debate quien manifestó que había adquirido nafta en la*

estación de servicios, y que con ella roció el auto que había sustraído y lo incendió.”

- *“Las pericias realizadas determinaron que el imputado tenía quemaduras en una de sus manos y lesiones excoriativas en su rostro y cuello. En el debate, la Dra. M. M., luego de ratificar su informe de fs. 48/49 vta. y exhibir las fotografías contenidas en el CD agregado a fs. 50, concluyó que las lesiones eran de tipo ungueal, es decir producidas por rasguños y totalmente compatibles con las maniobras de defensa de un tercero (...) El pantalón incautado fue sometido a una pericia de espectrofotometría infrarroja, cuyo informe de fs. 482/484 fue incorporado al debate por lectura. El examen arrojó resultado positivo a la presencia de hidrocarburos líquidos derivados del petróleo y/o acelerantes de combustión.”*

- *“En efecto, la ex esposa de H., A. B. C. manifestó que el acusado la amenazó antes de separarse. Detalló que le decía que la iba a separar de sus hijos, que se suicidaría o les quitaría la vida a sus hijos. Dijo que después de la separación la perseguía hasta que se fue a vivir a lo de su madre. Que estando en la casa de su progenitora, sufrieron dos incendios y un disparo de arma de fuego desde la calle. Refirió que hizo varias denuncias y obtuvo una orden de restricción de acercamiento. Añadió que en una oportunidad H. prendió fuego el garaje de la casa particular del ex titular de la Inspección General, que era jefe del nombrado, en el municipio debido a que lo había acusado de un robo.”*

- *“S. A., ex suegra del acusado, al igual que su hija relató que los hostigaba. Refirió que en una oportunidad H. fue a gritarle cosas a su casa y le decía a su hija que los iba a matar a todos. La declarante salió con una varilla y H. la tomó del cuello y le pegó la cabeza contra la pared. Dijo haber sufrido incendios en su casa, uno en el alero que quedó marcado y otro en el pasillo donde estaba la moto de un chico amigo de su hija. Aclaró que, en esa última oportunidad, H. le dijo a su hija que había prendido fuego.”*

- *“La Declaración de la ONU sobre Eliminación de la violencia contra las mujeres (20/12/1993) utiliza el término “violencia de género o violencia contra las mujeres” para referirse a todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción privada o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada (...) M. B. V. dijo en el juicio que luego de que pusiera fin a la relación que tenía con el acusado, H. comenzó a hostigarla enviándole mensajes telefónicos e inesperados encuentros en la puerta de su domicilio pidiéndole que reviera su posición. Afirmó que le envió fotos diciéndole que se iba a matar si no regresaba. Manifestó que, en otras oportunidades, le decía que la iba a matar. Refirió que así transcurrió el primer semestre del año 2015, hasta que el jueves de la semana anterior a la fecha del hecho, la declarante llegó a su casa donde vivía con su madre. Al subir al auto advirtió que H. la estaba esperando en la vereda de enfrente, se le acercó portando un arma de fuego. Dijo que la obligó a ingresar a su auto del lado del acompañante y se dirigieron a la casa del acusado. Allí, la obligó a ingresar y la encerró con llave, mientras le decía: “ves? este baño es tuyo”, siguiendo con distintas cosas. También le decía que si se llegaba a ver con alguien la mataría y después se mataría él. La dejó ir aproximadamente a las tres de la mañana. Manifestó que no lo denunció por miedo. Refirió que un tiempo antes, le habían robado el estéreo del auto cuando estaba estacionado en la casa de una amiga. Dos días más tarde se presentó H. en su casa diciéndole que había encontrado casualmente el estéreo en la calle. Relató que en otra ocasión su vehículo apareció chorreado con una sustancia pegajosa. Añadió que su padre intentó hablar con H. para que dejara de molestarla. Expresó que el acusado le contestó a su padre “yo si quiero le pago doscientos pesos a uno para que le prenda fuego el auto a su hija”. Recordó que el día miércoles 12 de agosto, al estacionar su vehículo en la puerta de su casa, pudo observar que en la calle... estaba*

estacionada la camioneta roja de H. Dijo que H. se le acercó con sorna, manifestando: “ub, te chocaron el auto?”. Afirmó que el vehículo tenía un bollo casi imperceptible. Luego, ingresó a su casa y observó que H. espiaba por la cerradura y tocaba timbre insistentemente hasta que se retiró. Expresó que su madre fue a hablar con el hermano del acusado, A., para que dejara de molestar. Supuso que A. se lo comentó a H. y esto le molestó. Debió cambiar de celular debido a que H. le seguía escribiendo luego del fallecimiento de su progenitora.

- *“...la conducta de H. constituyó una expresión de violencia contra la mujer (...) las conductas desplegadas por H., descritas por los testigos, no tenían otra finalidad que la de demostrar esa dominación y pusieron al descubierto un patrón sociocultural basado en la inferioridad de la mujer (o superioridad masculina) que exacerbó la violencia ejercida contra L. O. Tal como lo expresó el sentenciante, los testimonios de C. y A. que relataron una dinámica conductual del acusado absolutamente compatible con la vivenciada por M. B. y su madre, permiten corroborar la existencia de ese patrón sociocultural en base al cual se comportó el acusado...”*

- *No es posible afirmar que, en la muerte de O., el género fue indiferente, circunstancia que hubiera permitido variar la calificación jurídica impuesta. Por el contrario, el homicidio se produjo por la condición de mujer de la víctima.*

- *“La explicación aportada por la perito licenciada B. en el juicio referida a que ante “situaciones conflictivas y que no logra resolver y que lo llevan a una situación interna de vacío, sobre todo ante el hecho de perder, accionan en él quantums de agresión encubierta, dando paso al descontrol de impulsos sin que prime una actividad de pensamiento ajustada y/o adaptada como respuesta”, también permite confirmar lo expuesto en los párrafos precedentes.”*

- *“En tal contexto el recuso no abastece las exigencias que permiten transitar este sendero, lo cual conduce a su rechazo, sin que tampoco se advierta que el decisorio en crisis incurra*

en la violación de los preceptos que se denuncian transgredidos, desde que la pena impuesta en el marco de la escala penal prevista en las figuras en las que se encuadraron los hechos por los que se condenó a A. I. H. no resulta —en cuenta de las particularidades del hecho y del autor que vienen establecidas en el pronunciamiento impugnado— irrazonable ni, por ende, cruel o mortificante.”

• *“Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal resuelve: I. Declarar admisible el recurso de casación interpuesto. Arts. 450, 451, 454 inc. 1°, 465 inc. 2° del CPP. II. Rechazar el recurso de casación interpuesto a favor de A. I. H. contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2017 por el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Junín que resolvió en la causa n°JN-707-2016 condenar al nombrado a la pena de prisión perpetua, inhabilitación absoluta por igual término y costas, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado (femicidio), hurto simple y daño, en concurso real. Regístrese, notifíquese y devuélvase.”*

2. SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Fallo: Salas, Guillermo Nicolás c. Edigráfica S.A. s/ amparo sindical – (06/02/2019)

Voces: Actividad gremial, Apreciación de la prueba, Conducta temeraria y maliciosa, Despido, discriminación, empleador, facultades de los jueces

Sumarios:

• La nulidad del despido del trabajador por discriminatorio por su actividad sindical debe ser confirmado, pues los planteos para descalificar la valoración de las declaraciones testimoniales que sirvieron de fundamento al fallo, deben rechazarse; si bien se utilizó la técnica de videograbación de la audiencia de vista de la causa, esa herramienta —orientada a facilitar el examen material de lo actuado, permitiendo su reproducción, revisión y

conservación—, no desplaza el método de evaluación centrado en la intermediación valorativa de los magistrados, quienes gozan de amplias atribuciones en razón del sistema de apreciación en conciencia.

- La condena impuesta al empleador, al pago del daño moral, por considerar discriminatorio el despido del trabajador, debe ser confirmada; el juzgador sostuvo que se prueba in re ipsa, siendo el responsable del hecho a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que lo excluya y las objeciones que exhibe el recurso para rebatir estas definiciones son insuficientes.

- La sanción por conducta temeraria y maliciosa del empleador debe ser revocada, pues el hecho de haberse controvertido la fecha de ingreso denunciada por el trabajador y discutido el carácter discriminatorio del despido, para así resistir la pretensión de reinstalación, no constituyen factores suficientes para demostrar la utilización espuria del proceso por parte de la accionada a efectos de sancionarla.

- La sanción por conducta temeraria y maliciosa del empleador debe ser confirmada, pues no se observa en la decisión absurdo, ni violación de las leyes de derivación de la lógica formal, ni traición a las reglas de la argumentación, ni apartamiento de las constancias de la causa, ni cosa alguna que pudiera asimilarse a un error palmario, grave y manifiesto que conduzca a conclusiones contradictorias, inconciliables e incongruentes con las constancias objetivas de la causa

Extracto del decisorio:

- *El tribunal de grado declaró la nulidad del despido del señor Guillermo Nicolás Salas dispuesto por Edigráfica SA el día 4 de agosto de 2014 y condenó a esta a: i) reincorporarlo en su puesto de trabajo en las mismas condiciones existentes al momento del distracto (conf. arts. 47, ley 23.551; 1, ley 23.592; 1, Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo y 14 bis y 75 inc. 22, CN), bajo apercibimiento de aplicarle sanciones conminatorias de carácter pecuniario (arts. 7 y 804,*

Cód. Civ. y Comercial); ii) abonarle los salarios “caídos” y los daños derivados de la cesantía que calificó de discriminatoria; i ii) pagar una multa en los términos del art. 275 de la Ley de Contrato de Trabajo. Hizo lugar además, a la “querrela” por práctica desleal deducida y condenó a la accionada a abonar una multa (conf. arts. 53, 54 y 55, ley 23.551; 4 y 5 del “Régimen general de sanciones por infracciones laborales” incluido como Anexo II, ley 25.212), bajo apercibimiento de aplicar condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a favor del trabajador (v. fs. 189/229).

- “La demandada dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la violación de los arts. 242 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo; 44 y 47 de la ley 11.653; de la doctrina legal que cita y la configuración del vicio de absurdo en la valoración de los hechos y de las pruebas (v. fs. 261/279) (...) Sostiene que la sentencia dictada no constituye una unidad ontológica ni lógico-jurídica, pues, a su entender, no refleja la opinión de todos los miembros del órgano jurisdiccional. Cifra el reparo en el hecho de que al voto del ponente del tribunal se sumaron las “adhesiones simples” de los restantes integrantes (v. fs. 264/266).”

- “El recurso prospera parcialmente (...) reputó demostrado que, al momento del cese del actor, el colectivo de trabajadores que él integraba estaba impulsando un proceso de afiliación sindical con el objeto de convocar a elecciones de delegados. Para así concluir, una vez más se basó en los testimonios recibidos en la audiencia de vista de la causa y en el informe emitido por el Sindicato de Prensa Bonaerense (v. fs. 197). Por último, consideró no acreditados los hechos invocados por la accionada para despedir al actor, detallando cierta manifestación que esta efectuara en sede administrativa que —en su opinión— implicó admitir la inexistencia de un “...motivo valedero...” para extinguir el contrato de trabajo (v. fs. 197 vta. y 198).”

- “Con arreglo al régimen de la ley 11.653, esta Corte ha sostenido con reiteración que el examen y comprensión de la prueba testimonial es asunto reservado a los jueces de grado,

quienes gozan de amplias atribuciones en razón del sistema de “apreciación en conciencia”, tanto en lo que concierne al mérito y habilidad de las exposiciones, como a la confiabilidad que alguna o algunas de ellas le merezcan con relación a otras, salvo el supuesto extremo de absurdo (causas L. 114.577, “Díaz”, sent. de 24/06/2015; L. 117.721, “Agapito”, sent. de 25/11/2015 y L. 119.010, “Martínez”, sent. de 28/02/2016; e.o.).”

- *“Tales reglas no resultan sustancialmente alteradas por la utilización, como aconteció en autos, de la técnica de video-grabación de la audiencia de vista de la causa implementada por el tribunal de trabajo —notificando de ello a las partes— con arreglo a lo dispuesto por esta Suprema Corte en las resoluciones 3683/12 y 3120/14 (v. fs. 134 y vta. y 187/188). La aludida herramienta tecnológica, orientada a facilitar el examen material de lo actuado en aquel trascendental acto, permitiendo su reproducción, revisión y conservación, no desplaza el referido método de evaluación de la prueba, centrado en la inmediación valorativa de los magistrados de la instancia (art. 44, ley cit.) (...) Sentado lo que antecede, puede afirmarse además que la reproducción en esta sede extraordinaria de la videograbación de la audiencia de vista de la causa (que dentro de un estuche sellado e identificado se encuentra acollarado a la causa), no apuntala las críticas del recurrente, desde que en modo alguno se evidencia absurdidad en las conclusiones volcadas en el veredicto en torno al contenido sustancial de las manifestaciones de los testigos. Tampoco prospera el reproche por conducto del cual se ataca la condena al pago del resarcimiento por daño moral.”*

- *“Al respecto, el a quo juzgó probado que el actor, en su calidad de activista sindical, resultó agraviado en su dignidad y que el despido le provocó un sentimiento de angustia e impotencia que debía ser restañado por el responsable del acto. Anotó, que a partir de la persecución de la que resultó víctima por haber ejercido el derecho fundamental a la libertad sindical, con el objeto de defender los derechos laborales propios y de sus compañeros, no era difícil —sentenció— concluir la mortificación que aquel hubo de sufrir (v. fs. 218).”*

- *“Seguidamente, determinó que el daño moral se prueba in re ipsa, siendo el responsable del hecho a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño moral, criterio aplicado —agregó— también a despidos discriminatorios (v. fs. 218 in fine y vta.). Añadió que en el caso la accionada no había demostrado la existencia de una situación que excluyera objetivamente la posibilidad de que el accionante hubiera padecido perjuicios extra patrimoniales (v. fs. 218 vta.) (...) Fundó esta parcela de la decisión en los arts. 1 de la ley 23.592; 1, 2, 51, 52, 1.740 y 1.741 del Cód. Civil y Comercial de la Nación; 14 bis y 75 inc. 22 de la Constitución nacional; 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en doctrina legal de esta Corte, en particular, la sentada en la causa L. 104.378, “Sffaeir”, sentencia de 08/08/2012 (v. fs. 217 vta./219) (...) Las objeciones que exhibe el recurso para rebatir estas definiciones una vez más se exhiben deficitarias (...) debe prosperar la crítica relativa a la sanción aplicada por el a quo con fundamento en el art. 275 de la Ley de Contrato de Trabajo (...) En tal sentido, se aprecia que la valoración realizada por el tribunal de grado de la conducta procesal de la demandada no ha sido efectuada con la prudencia exigible en este tipo de pronunciamientos.”*

- *“El hecho de haberse controvertido en autos la fecha de ingreso denunciada por la contraparte y discutido el carácter discriminatorio que le endilgó al despido, para así resistir la pretensión de reinstalación promovida por el trabajador, no constituyen factores suficientes para demostrar la utilización espuria del proceso por parte de la accionada, que justifique actuar las facultades disciplinarias que posee el órgano jurisdiccional.”*

- *“...en forma opuesta a lo invocado por el recurrente, el voto que concita el apoyo de todos los miembros del tribunal y torna unánime la posición adoptada, enumera diversas conductas que, según se dio por probado en el veredicto, fueron llevadas a cabo por la accionada y a ellas les atribuye entidad temeraria y maliciosa prevista en el art. 275 de la Ley de Contrato*

de Trabajo (y no en la ley procesal, como se empeña en atacar el recurrente, exponiendo un ejemplo clarísimo de la falacia del hombre de paja). No se advierte allí comisión de absurdo, ni violación de las leyes de derivación de la lógica formal, ni traición a las reglas de la argumentación, ni apartamiento de las constancias de la causa, ni cosa alguna que pudiera asimilarse a un error palmario, grave y manifiesto que conduzca a conclusiones contradictorias, inconciliables e incongruentes con las constancias objetivas de la causa...”

- *“...En fin, no advirtiendo que las consideraciones vertidas por el tribunal para disponer la sanción por la conducta maliciosa y temeraria desarrollada por la accionada impliquen el vicio aludido, en mi opinión también ese aspecto del pronunciamiento debe ser ratificado (...) se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 261/279, se revoca la sentencia impugnada con el alcance indicado en el punto IV del voto emitido en primer término respecto de la primera cuestión (...) se remiten los autos al tribunal de origen a los fines allí dispuestos...”*

Fallo: Soria, Sergio Ariel s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa 64.364 del Tribunal de Casación Penal, Sala II - (13/03/2019)

Voces: Violencia de Genero, Atenuantes, Femicidio, Convención de Belém do Pará,

- La infidelidad de la víctima de femicidio no puede considerada como una circunstancia extraordinaria de atenuación de la condena a cadena perpetua del homicida, pues se encuentra acreditada la violencia que este ejerció sobre ella durante toda la relación.

Extractos del decisorio:

- *“La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, mediante el pronunciamiento dictado el 27 de octubre de 2016, rechazó el recurso del defensor particular del señor Sergio Ariel Soria —doctor Juan Manuel Martínez— contra*

la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial de Bahía Blanca que lo condenó a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable del delito de homicidio agravado por la relación de pareja y convivencia y por mediar violencia de género (...) Contra esa decisión, el mencionado defensor interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 90/99 vta.), el cual fue concedido por la sala interviniente”

- *“El defensor particular del señor Sergio Ariel Soria sostuvo que la sentencia que recurre resulta arbitraria por carecer de fundamentación. Afirmó que violó el derecho de defensa (art. 18, Const. nace.) e inobservó los arts. 40 y 41 del Cód. Penal. Consideró que debió haberse aplicado lo estipulado en el último párrafo del art. 80 del mismo código (circunstancias extraordinarias de atenuación). Criticó que se haya juzgado que en el caso medió violencia de género (art. 80 inc. 11, Cód. Penal, incorporado por el art. 2 de la ley 26.791).”*

- *“Cuestionó que la sentencia haya descartado que la infidelidad de la víctima fuera en el caso una circunstancia extraordinaria de atenuación por ser “pública y conocida”, y alegó que el imputado desconocía que ella continuara tras una reconciliación en la que aparentemente su pareja —la víctima— había “blanqueado” la situación y roto con su amante”*

- *“La sentencia en recurso indicó que las violencias ejercidas por el imputado contra su pareja con anterioridad al homicidio constituían un escollo legal para la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación, a lo que sumó su convicción en el sentido de que el hecho cometido no presentaba un menor grado de injusto (...)El Tribunal de Casación indicó que la sentencia de juicio había establecido que “...seis hermanas de la víctima dieron cuenta que el acusado vivía pegándole a la damnificada delante de los chicos, amenazándola que la iba a matar. Afirmaron que Silva [la víctima] les expresó que quiso separarse varias veces porque era hombre golpeador pero no lo concretaba” (fs. 79). (...) Tampoco es procedente la objeción acerca del encuadre en el inc. 11 del*

art. 80 del Cód. Penal (...) También en este caso se observa que el Tribunal de Casación fundó acabadamente la confirmación de la subsunción hecha en el fallo primigenio”

- *“Se advierte que la norma pone el acento en la “relación desigual de poder” que comprende obviamente la mayor fuerza física que aprovecha el agresor varón para ejercer violencia sobre una mujer (...) Ese contexto decisivo al igual que la vulnerabilidad en que la víctima se encontraba habitualmente, como consecuencia de la situación a la que venía sometiendo el encartado debe ser atendido (...) Conforme lo señalé anteriormente en P. 126.186 (sent del 17/08/2016 entre otras; perspectiva que se ve reforzada en función del art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional al incorporar la CEDAW, así como la ratificación de la Convención de Belém do Pará mediante la ley 24.632, BO del 5 de julio de 1996) e impone aquí el rechazo de los planteos ensayados por el defensor pretendiendo la aplicación del párrafo final del art. 80 del Código Penal. Un dispositivo que, por otra parte, requiere circunstancias extraordinarias de atenuación que no se verifican en este caso y de las características que he puntualizado en ocasiones anteriores al expedirme sobre ese tema (P. 104.120, sent. del 07/05/2014; P. 116.768, sent. del 13/05/2015 y P. 111.487, sent. del 03/06/2015, entre otras) a las que me remito en honor a la brevedad.”*

- *“Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la Procuración General, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto, con costas (art. 496, Cód. Proc. Penal).”*

Fallo: M. y otros/ Hábeas corpus - (22/11/2018)

Voces: Agravamiento de las condiciones de detención, Derechos Humanos, Facultades de los jueces, Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires.

Sumarios:

- Dado al agravamiento de las condiciones de detención de las personas alojadas en cárceles y comisarías bonaerenses,

la Suprema Corte de Buenos Aires dispone la creación de un espacio interinstitucional para el abordaje integral de esta problemática para revertir la situación crítica, a cargo del Tribunal de Casación Penal, por tratarse del órgano con competencia en el fuero en toda la Provincia, para que diseñe e implemente, concentre y articule las medidas de los órganos jurisdiccionales y con el Poder Ejecutivo y con otras instituciones públicas y no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos.

- La Suprema Corte de Buenos Aires, como cabeza del Poder Judicial local, puede proveer lo necesario para contribuir a evitar la mayor afectación de derechos provocadas por el agravamiento de las condiciones de detención que verifican distintos magistrados locales, aun cuando esta no diseña la política criminal, como tampoco la carcelaria y de seguridad; ni define los pormenores de su ejecución.

- Se encuentra prohibida la permanencia de menores y enfermos en el ámbito de las Comisarías de la Provincia de Buenos Aires.

- Las condiciones de alojamiento en que se encuentran las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires son inadmisibles, por lo tanto, el Poder Ejecutivo local debe, en un término razonable dar solución integral a la cuestión involucrada, bajo apereamiento de las responsabilidades administrativas, civiles, penales e institucionales correspondientes (del voto en disidencia del Dr. de Lázari).

Extractos del decisorio:

- “...la problemática que origina estas actuaciones (agravamiento general de las condiciones de detención de personas alojadas en unidades carcelarias y alcaldías del Servicio Penitenciario Bonaerense, así como en dependencias policiales)...”

- “...de la multiplicidad de acciones judiciales incoadas por agravamiento de las condiciones de detención, se advierte

que muchas de las medidas adoptadas tendientes a superar los déficits denunciados no han prosperado por diferentes razones, lo cual objetivamente ha agravado el actual estado de situación...

- *“...aun cuando no es resorte del Poder Judicial diseñar la política criminal, como tampoco la carcelaria y de seguridad; ni definir los pormenores de su ejecución, a fin de no exorbitar la esfera de su jurisdicción (doctr. CSJN, Fallos: 324:2315), como cabeza de este poder del Estado, la Suprema Corte puede proveer lo necesario para contribuir a evitar la mayor afectación de derechos provocadas por el agravamiento de las condiciones de detención que verifican distintos magistrados de la Provincia...”*

- *“...por tratarse del órgano con competencia en el fuero en toda la Provincia, cabe encomendarle al Tribunal de Casación Penal la puesta en práctica del espacio interinstitucional que por la presente se crea, para que, pudiendo contar con la colaboración de la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad de esta Suprema Corte, concentre y articule las medidas de los restantes órganos jurisdiccionales y con las áreas del Poder Ejecutivo, así como con otras instituciones públicas y no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos humanos, con el fin de revertir la situación crítica de las condiciones de detención de las personas detenidas, procesadas o condenadas. Periódicamente, se informará a esta Suprema Corte el estado de avance de sus actividades en la materia...”*

- *“...Correlativamente, es pertinente recordar que se halla vigente la prohibición de la permanencia de jóvenes y enfermos en el ámbito de las Comisarías de la Provincia...”*

- *“... la Suprema Corte de Justicia, en el marco de sus atribuciones y lo dispuesto en el artículo 5° del Código Procesal Penal, por mayoría, resuelve: Artículo 1° Crear un espacio interinstitucional para el abordaje integral de las condiciones de detención en cárceles y comisarías de la Provincia encomendándole al Tribunal de Casación Penal, a través de su Presidente, su diseño e implementación. A ese efecto, podrá contar con la*

colaboración de la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad de la Corte. Periódicamente, informará el estado de avance de sus actividades en la materia a esta Suprema Corte (...)Hacer saber al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que resultan inadmisibles las condiciones de alojamiento en que se encuentran las personas privadas de su libertad, debiendo en un término razonable dar solución integral a la cuestión involucrada, bajo apercibimiento de las responsabilidades administrativas, civiles, penales e institucionales correspondientes”

- *“Reiterar la disposición del Tribunal poniendo todos los medios a su alcance para sortear las dificultades existentes, a cuyo fin se instruye a la Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad a efectos de que provea la mayor colaboración a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades competentes de la administración, formulando un seguimiento puntual de las acciones que se cumplimenten con inmediata información a este Tribunal”*

Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Juan Francisco Díaz¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 489-492

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e286>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5891-7845>

La Corte confirmó que cualquier persona puede pedirle información al gobierno y que no basta decir que es “secreta” para no entregarla

La Corte Suprema estableció que se debe decir de forma precisa y detallada por qué se le niega a un ciudadano el acceso a información en poder del estado. Además, aclaró que no hace falta demostrar ningún interés para pedirle información al gobierno, y que cualquier ciudadano tiene derecho a hacerlo sin importar a que se dedique y para qué pide la información.

Fue en el caso del periodista Claudio Savoia, quien en 2011 había solicitado al gobierno de Cristina Fernández de Kirchner que le diera copias de todos los decretos sancionados por la dictadura cívico-militar que gobernó el país entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983. Muchos de esos decretos habían sido clasificados y por lo tanto no podían ser consultados libremente (*CSJN “Savoia, Claudio Martín c/ EN - Secretaría Legal y Técnica (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986”, 7 de marzo de 2019*).

1 Abogado (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. E-mail: juanfranciscodiaz87@gmail.com

La Corte Suprema de Justicia rechazó la presentación a elecciones de Casas y Weretilneck

La Corte Suprema de Justicia de la Nación falló en contra de la presentación a elecciones del gobernador de La Rioja, Sergio Casas, y del gobernador de Río Negro, Alberto Weretlineck. Ambos buscaban la re-reelección en sus provincias.

Con respecto a Weretilneck se aplicó el precedente del máximo tribunal en el caso de Gerardo Zamora, cuando en 2013 se impidió su re-reelección en la provincia de Santiago del Estero. El voto mayoritario estuvo compuesto por Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y Ricardo Lorenzetti, mientras que Carlos Rosenkrantz y Elena Highton de Nolasco apoyaron su postulación. En cambio, en el pronunciamiento dictado en la causa de La Rioja el voto fue unánime.

La constitución provincial de Río Negro prevé la posibilidad de una sola reelección consecutiva. El actual mandatario Weretlineck asumió en el cargo en el 2012, cuando se desempeñaba como vice de Carlos Soria, quien falleció de un tiro en su casa. Luego, terminó ese mandato, se presentó a elecciones y ganó. Por lo tanto, considera que ese período no puede computarse como propio.

El caso de La Rioja es similar. En enero se realizó una consulta popular para lograr una enmienda en la constitución provincial que habilite la reelección del actual gobernador Sergio Casas, dirigente del Partido Justicialista. El mandatario ya había sido de vice de Luis Beder Herrera (2011-2015) y luego fue elegido gobernador en 2015.

El texto constitucional de la provincia prevé que los gobernadores “podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo” y si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período (*CSJN “Alianza Cambiemos Río Negro en la causa Alianza Electoral Transitoria Somos Río Negro s/ oficialización lista de candidatos (elección provincial 07/04/2019) – apelación” y “Unión*

Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, 22 de marzo de 2019).

La Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el cobro del Impuesto de Ganancias en una jubilación

El máximo tribunal, con el voto de Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, declaró la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre las jubilaciones y pensiones en una causa individual. Además exhortó al Congreso Nacional para que dicte una ley que exima a las jubilaciones de este impuesto.

Lo hizo en el caso de María Isabel García, jubilada de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Provincia de Entre Ríos, que en el año 2015, cuando contaba con 79 años de edad, promovió contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) una acción con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la deducción del impuesto a las ganancias sobre su beneficio. Afirmó que padecía problemas de salud y que los descuentos en su beneficio oscilaban entre el 29,33% y el 31,94% (*CSJN “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, 26 de marzo de 2019*).

La Corte definió que es constitucional que las provincias establezcan el juicio por jurados

Por mayoría la Corte Suprema de Justicia resolvió una causa donde la defensa de dos personas condenadas a prisión perpetua como consecuencia del veredicto condenatorio de un jurado popular, planteaba la inconstitucionalidad del procedimiento neuquino.

En su voto conjunto, los jueces Maqueda y Lorenzetti, afirmaron que si bien la institución del juicio por jurados se encuentra regulada en tres normas de la Constitución Nacional, se trata de una institución de competencia provincial delegada al legislador nacional para regular únicamente lo relativo a la conformación y funcionamiento en el ámbito nacional, por lo

que sostuvieron que es competencia de las provincias organizar su administración de justicia (*CSJN “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria”, 2 de mayo de 2019*).

La Corte definió que las acciones laborales por daños derivados de delitos de lesa humanidad son prescriptibles

El máximo tribunal definió, por mayoría integrada por los jueces Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Lorenzetti, que las acciones laborales destinadas a obtener la reparación de daños derivados de delitos de lesa humanidad, están sujetos a los plazos de prescripción de la normativa aplicable y se remitieron al precedente “Villamil”. Lo hizo en el marco del reclamo de la hija de ex trabajador de Techint desaparecido.

En disidencia, los jueces Maqueda y Rosatti sostuvieron que el derecho de la hija de Ingegneros a reclamarle una indemnización a la empresa cuyos directivos fueron cómplices en la desaparición forzada de su padre no estaba sujeto a plazo alguno de prescripción. El deber de reparar los daños derivados de los delitos de lesa humanidad, que pesa tanto sobre el Estado que los cometió como sobre los particulares que actuaron como cómplices, no se extingue por el paso del tiempo (*CSJN “Ingegneros, María Gimena c/ Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial”, para decidir sobre su procedencia”, 9 de mayo de 2019*).

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*James Vértiz Medina*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 493-505

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e287>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2261-1999>

Corte IDH. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375.

I. Hechos: Los hechos se relaciona con la alegada violación del derecho a la tutela judicial efectiva como consecuencia del incumplimiento, durante 24 años, de una sentencia judicial a favor del señor Muelle Flores en el marco de un recurso de amparo en el que se ordenó su reincorporación al régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530. De acuerdo con los alegatos presentados, la responsabilidad internacional del Estado del Perú se habría configurado por el incumplimiento de las sentencias a nivel interno y por su falta de ejecución hasta la actualidad, así como por la violación del derecho a la seguridad social derivado del artículo 26 de la Convención y del derecho a la propiedad.

II. Fondo: El caso es de una gran trascendencia ya que abona a la línea jurisprudencial interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Como señala el Presidente del Tribunal Interamericano Ferrer Mac-Gregor Poisot esta sentencia constituye un importante precedente para el Sistema Interamericano, ya que por

¹ Abogado (UNLP), docente del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. E-mail: jamesvertiz@hotmail.com

primera vez, la Corte aborda de manera directa el *derecho a la seguridad social*, como derecho autónomo y justiciable mediante el artículo 26 de la Convención Americana, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes al tratarse la víctima de *un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad*.

La Corte destacó que en los casos “Cinco Pensionistas” Vs. Perú y Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, también relacionados con temas previsionales, ya ha establecido que el incumplimiento por parte del Estado de sentencias judiciales que ordenan el pago de pensiones, así como la falta de ejecución de estas, vulnera el derecho a la protección judicial (artículos 25.1 y 25.2.c) y el derecho a la propiedad (artículo 21).

Sin embargo, el presente caso presenta algunas particularidades propias que lo diferencian de los decididos anteriormente por el Tribunal, ya que la ejecución de las sentencias judiciales dictadas en amparo se habría visto dificultada por la privatización de la empresa estatal, originalmente encargada de los pagos de la pensión del señor Muelle Flores.

Asimismo, el Tribunal también resolvió analizar si existió una violación autónoma del derecho a la seguridad social (derecho a la pensión) a partir de la interpretación del artículo 26 la Convención.

Respecto de la tutela judicial efectiva en la ejecución de sentencias y privatización de empresas, y siguiendo su línea jurisprudencial, la Corte señaló que respecto del derecho a la protección judicial, en los términos del artículo 25 de la Convención es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar

las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado.

En este sentido, el artículo 25.2.c de la Convención consagra el derecho al “cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

En tal sentido, la Corte ha indicado que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino que requiere además que el Estado garantice los medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. Asimismo, que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.

También que, la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho. La Corte también ha señalado que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora.

Asimismo, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Adicionalmente, las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias y

garantizar el carácter vinculante y obligatorio de las decisiones de última instancia.

Por lo antedicho, la Corte estima que en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución.

Por último, el Tribunal resalta además que, el artículo 25.2.c) de la Convención recoge la obligación de ejecutar “toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Ello quiere decir que, la garantía de mecanismos eficaces de ejecución de decisiones o sentencias definitivas debe darse en relación con decisiones definitivas dictadas tanto en contra de entidades estatales como de particulares. Asimismo, es imprescindible la adopción de medidas adecuadas y eficaces de coerción, para que, de ser necesario, las autoridades que dicten las decisiones o sentencias puedan ejecutarlas y con ello lograr la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento definitivo.

En el caso concreto, el Tribunal de San José consideró que la falta de adopción de salvaguardas normativas o de otra índole para evitar una violación de los derechos del señor Muelle Flores como consecuencia de la privatización de la empresa donde trabajó, creó un obstáculo en relación con el cobro de la pensión reconocida judicialmente a la víctima y con la ejecución de las sentencias de amparo, lo que derivó en que el señor Muelle Flores, hasta la actualidad, no pueda gozar del pago de una pensión a la cual contribuyó y adquirió de pleno derecho.

Sobre la falta de efectividad del proceso de ejecución de sentencias debido a la ausencia de medidas coercitivas y medidas para revertir los efectos de la privatización, la Corte expresó que dentro del deber de garantizar los medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas, “deben establecerse mecanismos de seguimiento e imposición

del cumplimiento que estén disponibles y sean accesibles en la práctica [...] [como medidas coercitivas de distinta naturaleza, entre ellas,] las sanciones contra quienes dificultan el ejercicio efectivo de los derechos [...].

En el caso, el Estado no adoptó las salvaguardas necesarias para establecer con claridad qué entidad se encargaría del pago de las pensiones del señor Muelle Flores, problemática que tampoco fue solucionada por las autoridades judiciales, ya que ni antes ni después de la privatización, lograron resolver los debates surgidos a lo largo del proceso de ejecución ni adoptaron mecanismos coercitivos para asegurar el cumplimiento de los fallos. La falta de ejecución de las sentencias hasta la actualidad, y la ineficacia del Poder Judicial para resolver los obstáculos surgidos en el proceso de cumplimiento derivados de la privatización, vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva e impidieron la materialización del derecho a la pensión del señor Muelle Flores.

Por último, la Corte también recordó su jurisprudencia de que un retraso injustificado en la ejecución de una sentencia judicial puede implicar la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Sobre el **derecho a la seguridad social** el Tribunal se pronunció sobre: a) el derecho a la seguridad social como derecho autónomo y justiciable; b) el contenido del derecho a la seguridad, y c) la afectación del derecho a la seguridad social en el presente caso.

En esta sentencia se reitera que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”). Asimismo, la Corte identifica diversas normas de la Carta de la OEA de las cuales es posible derivar el derecho a la seguridad social.

Al respecto colige que, existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para

derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA. En particular, de los distintos enunciados se deduce que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas.

En vista de lo anterior, la Corte considera que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención.

En relación al alcance y contenido del derecho a la seguridad social, en particular del **derecho a la pensión**, la Corte dejó sentado como cuestión preliminar que para dar precisiones al respecto, se valdrá de las fuentes, principios y criterios del corpus iuris internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social.

Luego de abreviar en la referidas fuentes, estableció que se pueden derivar elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, como por ejemplo, que es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla. En particular y en el caso que nos ocupa, el derecho a la seguridad social buscar proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso.

En esa línea, destacó que, si bien, el derecho a la seguridad social está reconocido ampliamente en el corpus iuris

internacional, tanto la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “OIT”), como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (en adelante “Comité DESC”) siguiendo los principales instrumentos adoptados por el primero, han desarrollado el contenido del derecho a la seguridad social con mayor claridad, lo cual le permitirá a la Corte interpretar el contenido del derecho y las obligaciones del Estado peruano de conformidad con los hechos del presente caso.

Señaló que, la OIT ha definido el derecho a la seguridad social como “la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso [al sistema de pensiones], en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia”. En el caso concreto de la pensión por jubilación derivada de un sistema de contribuciones o cotizaciones, es un componente de la seguridad social que busca satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien dejó de trabajar, al cumplirse la contingencia con base en la supervivencia más allá de la edad prescrita. Que, en estos casos, la pensión de vejez es una especie de salario diferido del trabajador, un derecho adquirido luego de una acumulación de cotizaciones y tiempo laboral cumplido.

Que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido en su Observación General No. 19 sobre “el derecho a la seguridad social” que este derecho abarca el obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en diversas circunstancias, en particular por la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a la vejez.

Qué asimismo, esté Comité en su Observación General No. 19 ha establecido el contenido normativo del derecho a la seguridad social y destacó que incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura

social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales.

Con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, y tomando en cuenta los hechos y particularidades del presente caso, las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la pensión son las siguientes: a) el derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. Este sistema deberá ser administrado o supervisado y fiscalizado por el Estado (en caso de que sea administrado por privados); b) garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuadas y de accesos suficiente a la atención de salud, sin discriminación; c) debe haber accesibilidad para obtener una pensión, es decir que se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a ella. Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho, como por ejemplo la privatización de una empresa; d) las prestaciones por pensión de jubilación deben ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores, y e) se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concretización material del derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno.

Como colofón de lo anteriormente expresado, sentenció que la falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en

situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad. La vulneración generada por la falta de pago de la pensión se extendió más allá del plazo razonable debido, y al ser este el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad.

III. Reparaciones: La Corte estableció que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior.

Entre otras medidas reparatorias, el Tribunal, teniendo en cuenta la condición actual de vulnerabilidad de la víctima, y conforme a la información que el Estado brindó a este Tribunal sobre el restablecimiento de la atención en salud a través del seguro social EsSalud, ordenó el Estado peruano que deberá mantener ininterrumpidamente dicha cobertura, de conformidad con lo establecido en la legislación interna pertinente. La Corte consideró pertinente destacar que dicha afiliación no podrá verse limitada respecto a condiciones de preexistencia alguna del señor Muelle Flores. Asimismo, que el Estado deberá pagar los aportes a la seguridad social del señor Muelle Flores y podrá deducir el monto legal que corresponda del pago provisional ordenado.

Caso Colindres Schoonenberg vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373.

I. Hechos: Los hechos de este caso se relacionan con las dos destituciones del señor Eduardo Benjamín Colindres Schonenberg de su cargo de magistrado del Tribunal Supremo Electoral por parte de la Asamblea Legislativa, en violación de múltiples garantías del debido proceso y el principio de legalidad, así

como del derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad.

II. Fondo: El Tribunal de San José examinó en el caso la presunta violación de los derechos a las garantías judiciales, protección judicial, derechos políticos y el principio de legalidad.

En primer término, la Corte recordó que las garantías del debido proceso contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad no judicial adopte decisiones que afecten la determinación de los derechos de las personas, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria.

Que el cese del señor Colindres Schonenberg implicó una determinación de sus derechos ya que trajo como consecuencia la separación inmediata de su cargo de magistrado, de modo que el procedimiento llevado a cabo por la Asamblea Legislativa debió ser acorde a las garantías del debido proceso; y que asimismo, al cumplir el Tribunal Supremo Electoral, funciones jurisdiccionales en materia electoral, por lo tanto, a sus magistrados se les deben ofrecer las mismas garantías que a jueces en general.

La Corte subrayó que, de acuerdo a su jurisprudencia, en procedimientos llevados a jueces, el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial.

Que los jueces cuentan con “garantías específicas” esenciales para el ejercicio de la función judicial, que son: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas.

Específicamente respecto a la garantía de estabilidad e inamovilidad de jueces y juezas, la Corte tiene establecido que implica que: (i) la separación del cargo obedezca exclusivamente

a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; (ii) los jueces y juezas solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y (iii) todo proceso seguido en contra de jueces o juezas deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley.

Respecto de la segunda destitución realizada por la Asamblea Legislativa, el Tribunal Interamericano señaló que al no estar establecida la competencia de la misma en la ley, la destitución del señor Colindres Schonenberg violó su derecho a ser juzgado por un tribunal competente, contenido en el artículo 8.1 de la Convención.

Además que la destitución de la víctima se hizo en ausencia de un procedimiento previamente establecido. Al respecto, enfatizó que las personas tienen derecho a ser juzgadas con arreglo a procedimientos previos y legalmente establecidos, razón por la cual el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.

La inexistencia de un procedimiento previamente establecido impidió que el señor Colindres Schonenberg conociera cuál era el procedimiento al que iba a ser sometido y en qué momentos podría defenderse. Esto constituye una violación adicional a las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 de la Convención.

El Tribunal estimó en el caso que no resulta necesario pronunciarse sobre las alegadas violaciones al principio de legalidad, el derecho a ser oído, el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial, el derecho a la defensa, incluyendo la comunicación previa y detalla de la acusación y la concesión del tiempo y medios adecuados para preparar la defensa, el

deber de motivación y el derecho a la presunción de inocencia, todo ello atento a haberse determinado que el procedimiento y órgano a través del cual se llevó a cabo el proceso de la destitución de la presunta víctima no se encontraba establecido legalmente.

Respecto del derecho a permanecer en el cargo en condiciones generales de igualdad, previsto en el art. 23.1.c de la Convención, señaló que el acceso en condiciones de igualdad constituye una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede.

Que en casos de ceses arbitrarios de jueces, esta Corte ha considerado que este derecho se relaciona con la garantía de estabilidad o inamovilidad del juez. El respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos, y que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho. A este respecto, la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política.

En tal sentido, la Corte Interamericana concluyó que, como consecuencia del procedimiento al que fue sometido, la presunta víctima fue destituida de su cargo de magistrado del Tribunal Supremo Electoral, y que esa destitución constituyó un cese arbitrario debido a que fue realizado por un órgano incompetente y mediante un procedimiento que no estaba establecido legalmente. Por tanto, este cese arbitrario afectó indebidamente el derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad del señor Colindres Schonenberg, en violación del artículo 23.1.c de la Convención Americana.

III. Reparaciones: El Tribunal, indicó que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los

principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.

Como medida de no repetición, subrayó sobre la necesidad de que la interpretación que realicen los órganos competentes relativa a la posibilidad de destituir a magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones en supuestos diferentes a cuando estos cometan un delito, sea coherente con los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.

OPINIÓN



Promesas

“Si nada nos salva de la muerte,
que el amor nos salve de la vida” (C. R.)

¿Qué encontraste cuando viniste a mí?
Traté de sanar ¿Sabes si lo logré?
No recuerdo que hice
También lo he olvidado
Barreras de palabras, los poemas de mi vida
Se encargan de levantar un muro
No se ve a través
Es necesario derribarlo
Pero la erudición es un obstáculo
A veces imposible
Necesitas más versos
Que acaben con aquellos.
Derrame de sílabas que gritan
Vocales que quieren su lugar
Y no claudican.
Tráeme tus poemas de la calle
Vencerán, te lo prometo.
Y mi alma, con tu luz
Volverá a cantar
Volverá a brillar
Y una vez más demostrará
Que a animarse a amar
Nunca es banalidad
Y que es nutriente de vida necesario
Y para el corazón, volar en libertad.

Autora: *Florencia Ronco*

Arte de la portada: *Eleonora Burry*

Un régimen penal juvenil verdaderamente humano y abierto a la esperanza

Padre Gustavo O. Carrara

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 509-512

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e288>

1. Buenas tardes, les agradezco la posibilidad de estar aquí, y el trabajo que se toman para escuchar con atención cada una de las intervenciones. Cuando hablamos y nos posicionamos acerca de un tema importante, en este caso sobre la posibilidad de un régimen penal juvenil, lo hacemos fuertemente influenciados por nuestras convicciones y por nuestras experiencias concretas de vida. No hay miradas neutras de la realidad, por eso quisiera intentar aportar una mirada humanista y cristiana, y a su vez apoyarme en la experiencia de vivir y trabajar pastoralmente hace 12 años en las villas de Buenos Aires.

2. Cuando visitamos a un adolescente en un instituto de menores, como adultos debemos reconocer, que en un punto, hemos llegado tarde. Que esto no debería haber ocurrido. Y haciendo memoria de nuestra niñez y adolescencia, nos preguntamos, ¿por qué ellos y yo no? En estos lugares nos encontramos mayoritariamente con adolescentes que desde el inicio de su vida han padecido la pobreza multidimensional. Qué duro es cuando el primer encuentro mano a mano del Estado con estos menores se da a través de la justicia penal. Por eso el tratamiento de esta ley no tiene que hacer olvidar el problema de fondo. ¿El problema son los menores pobres en conflicto con la ley o el problema profundo y de raíz es la decisión y voluntad de sostener a lo largo del tiempo una política de Estado de inclusión e integración social?

3. Ahora bien, es verdad, Argentina no tiene un régimen de responsabilidad penal juvenil como lo dispone la Convención de los Derechos del Niño. Sería deseable que se abandonara el sistema tutelar y se implementara un régimen penal juvenil, con todas las garantías del proceso penal, pero sin bajar la edad mínima de responsabilidad penal juvenil, es decir, manteniéndola en 16 años, lo que sería más acorde a los estándares internacionales de derechos humanos y, en particular, con dicha Convención. En este marco aparecen caminos concretos que deben incluirse en dicho régimen penal juvenil: la justicia restaurativa, la mediación, la remisión de casos, las medidas no privativas de libertad. Es evidente que la implementación de este sistema depende de la habilitación de la infraestructura y los recursos humanos y materiales necesarios para el desarrollo de un sistema orientado a la resocialización y a la educación. Hay que trabajar por un régimen penal juvenil verdaderamente humano y abierto a la esperanza.

4. Los menores que son llevados al delito por organizaciones criminales son sus víctimas. El Estado debe alejarlos de esa opción en lugar de reafirmarlos en el rol de delincuente. Cuando vemos adolescentes que tienen armas en sus manos, lo primero que deberíamos preguntarnos es ¿por qué no les hemos acercado antes una propuesta positiva? ¿Por qué los hemos dejado en orfandad, expuestos a situaciones que los dañan a ellos en primer lugar? La pregunta no es tanto ¿qué le pasa a los adolescentes?, sino ¿qué nos pasa a los adultos? Por otro lado ciertamente los adolescentes no son responsables del tráfico de armas que se da en nuestra sociedad, muchas veces ligado al narcotráfico. Este contexto es particularmente dramático en villas y barrios precarios, cuya población está compuesta por casi la mitad de niños, niñas y adolescentes.

5. En estos lugares hay que tener particularmente presente el concepto amplio de inseguridad, eso que atenta contra la vida digna de los vecinos y vecinas. Por eso el camino comienza insertando a todos los chicos en las escuelas, y a sus familias en

trabajos dignos, generando espacios públicos de esparcimiento y recreación, habilitando instancias de participación ciudadana, servicios sanitarios, acceso a los servicios básicos —agua, electricidad, cloacas—, por nombrar sólo algunas medidas. Ahí empieza todo proceso de integración socio-urbana.

6. Es necesario tener cuidado del populismo penal. No se trata aquí de la confianza en alguna función social tradicionalmente atribuida a la pena pública, sino más bien en la creencia de que mediante tal pena se pueden obtener los beneficios que requerirían la implementación de otro tipo de política social, económica y de inclusión social. Por otro lado hay que evitar esa tendencia que algunas veces existe de construir deliberadamente enemigos: figuras estereotipadas, que concentran en sí mismas todas las características que la sociedad percibe o interpreta como peligrosas. Los mecanismos de formación de estas imágenes son los mismos que, en su momento, permitieron la expansión de las ideas racistas¹. Y todo esto se vuelve más delicado aún si estamos hablando de menores.

7. La respuesta a los inimputables es el cumplimiento de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley N° 26.061). “Los Estados deben abstenerse de castigar penalmente a los niños que aún no han completado su desarrollo hacia la madurez, y por tal motivo no pueden ser imputables. Ellos, en cambio, deben ser los destinatarios de todos los privilegios que el Estado puede ofrecer, tanto en lo que se refiere a políticas de inclusión como a prácticas orientadas a hacer crecer en ellos el respeto por la vida y por los derechos de los demás”². La deuda social es la gran deuda de los argentinos, no se trata solamente de un problema económico o estadístico. Es principalmente un problema ético que nos afecta en nuestra dignidad más esencial. Detrás de las estadísticas

¹ Cfr. Papa Francisco. Discurso a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal. 23/10/2014

² Papa Francisco. *Ibidem*.

—nunca hay que olvidarlo— hay rostros e historias. La deuda social genera graves daños sobre la vida concreta de personas, las hiere profundamente en su dignidad. Y casi la mitad de los niños, niñas y adolescentes de nuestra patria son pobres.

8. Por último me permito recordar que este honorable congreso votó por unanimidad la ley de integración socio-urbana. Esta Ley tuvo un trabajo de relevamiento previo de 4.228 barrios populares. Lo traigo a la memoria porque la mitad de los habitantes de estos barrios son niños, niñas y adolescentes. Hay que seguir llevando adelante este proceso de integración socio-urbana de las villas y barrios precarios de nuestro país. Es probable que esto no resuelva totalmente el drama de la pobreza en nuestra Patria, pero ciertamente será mirarlo de frente y poner manos a la obra de modo bien concreto.

Gustavo Oscar Carrara

Obispo Auxiliar de Buenos Aires

Vicario para la Pastoral de Villas de CABA

Asesor de la Comisión Arquidiocesana de Niñez y Adolescencia en Riesgo del Arzobispado de Buenos Aires

Derecho humano a la verdad. El escrache como acto parrhesiástico

*Antares Dadiuk*¹ | Universidad Nacional
*Carolina Julia Torres*² | de La Plata

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 513-540
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e289>

I. Introducción

Escrache es una palabra proveniente del lunfardo –habla que originariamente empleaba, en la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores, la gente de “clase baja”–, que según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), significa: 1). Romper, destruir, aplastar (tr. coloq. Arg. y Ur). 2). Fotografiar a una persona (tr. coloq. Arg. y Ur.).

¹ Abogada, egresada de la UNLP en el año 2007. Tesis en curso de la Maestría en derechos humanos de la UNLP. Actualmente se desempeña como Auxiliar letrada de la Defensoría de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Ha escrito diversos artículos relacionados con temas de derechos humanos y género. Asistente a Congresos sobre DDHH, Derecho Penal y sobre violencia de Género. Ha participado en capacitaciones y conversatorios sobre Derechos Humanos y en el seminario de grado sobre Derecho a la Educación, Educación en DDHH y Género de la FCJS de la UNLP, como expositora. Su historia laboral ha sido vinculada al campo de los derechos humanos en el Poder ejecutivo y en el legislativo.

² Abogada, egresada de la UNLP en el año 1996. Tesis en curso de la Maestría en Derechos Humanos de la UNLP. Actualmente se desempeña como Instructora Judicial en la Fiscalía (UFIJ) Nº 17 de La Plata, cargo de abogada adscripta de la SCJBA. Ha realizado cursos de Instructora judicial, de Ayudante Fiscal, de Especialización en Derecho Penal de la UBA, de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura, en Género y Movimientos Feministas. Asistente a Congresos sobre DDHH, Derecho Penal y sobre violencia de Género. Colaboradora en distintos organismos de DDHH, participación en capacitaciones y conversatorios sobre Derechos Humanos y en el seminario de grado sobre Derecho a la Educación, Educación en DDHH y Género de la FCJS de la UNLP, como expositora. Su trayectoria laboral está ligada al asesoramiento jurídico a movimientos sociales, y como instructora judicial en distintas fiscalías de la Plata.

También deriva del genovés *scraccá* que apunta a la acción de expectorar o agredir a alguien de lo cual se seguiría el sentido que “escrachar” adopta en varias letras de tangos.

Los escraches como nueva forma de protesta irrumpieron en la escena social de Argentina en la década de los años 90, década en que también aparece la agrupación HIJOS³ como nuevo actor social.

Los escraches constituyeron protestas sociales que se generaron como respuesta al Estado ante la impunidad de los crímenes cometidos durante la última dictadura cívico-militar en Argentina. Las protestas se realizaban en los domicilios particulares o laborales de los genocidas. Con estos actos se pretendía una “condena social” ya que no existía condena legal por parte del Estado. Se buscaba visibilizar los victimarios. “La condena social” no era solamente el día del escrache, comenzaba días antes “marcando la casa”, se hablaba con los vecinos y continuaba días después del escrache, cuando tomaba estado público que allí vivía un genocida, y se visibilizaba para toda la sociedad.

Más allá de las múltiples visiones desde donde se puede analizar esta nueva forma de acción colectiva⁴, a nosotras nos interesa el análisis de su visión como acto veraz, (o verídico). Vemos al escrache como forma de protesta social, ejercida por toda la sociedad como víctima del terrorismo de Estado instalado por el autodenominado “proceso de reorganización

³ La sigla significa: hijos por la identidad y la justicia contra el olvido y el silencio. Esta agrupación está conformada centralmente por hijos de víctimas del terrorismo de Estado.

⁴ Al respecto, Maristella Svampa en su libro *La sociedad excluyente*, señala: “La consolidación de nuevas pautas de inclusión y exclusión social, en el marco de la puesta en marcha de políticas neoliberales, tuvo una repercusión importante en el plano de la acción colectiva. Así en América latina durante los años 80 y la primera mitad de los 90, en contraste con el proceso de concentración creciente de las decisiones en las elites de poder internacionalizado, los sistemas de acción colectiva pasaron por un momento de inflexión –de crisis y debilitamiento–, visible en la fragmentación de las luchas, la focalización en demandas puntuales, la presión local o la acción espontánea y semiorganizada (Calderón y Dos Santos, 1995)” (Svampa, 2005: 199)

nacional”⁵, como la petición de su derecho fundamental a conocer la verdad y luchar por ella, más allá del riesgo y el peligro que este ejercicio implicara.

En este sentido, partimos desde el concepto de derechos humanos elaborado por Herrera Flores:

Los Derechos humanos en su integralidad (derechos humanos) y en su inmanencia (trama de relaciones) pueden definirse como el conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan –desde el “reconocimiento” y la “transformación de poder” y la “mediación jurídica”– espacios de lucha por la particular concepción de la dignidad humana. (Herrera Flores, 2000: 27)

Entendemos este concepto de derechos humanos en virtud del proceso social de lucha de los organismos de derechos humanos, en contra de la impunidad de las leyes del perdón⁶. En el proceso de lucha es justamente donde se enmarcan los escraches como nueva forma de protesta y de ejercicio del derecho fundamental a la verdad. Este es un derecho humano ya reconocido por la jurisprudencia argentina como “el derecho al reconocimiento de aquellas víctimas y toda la sociedad, de graves violaciones a los derechos humanos, como los familiares de personas desaparecidas a conocer la verdad acerca de las circunstancias de su desaparición y a obligar al Estados a buscar sus cuerpos (Fallos de la Corte Suprema de Justicia: 1998).

Asimismo, el derecho a la verdad se consagra en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en

⁵ Dictadura instalada en Argentina el 24 de marzo de 1976, y que permaneció hasta diciembre de 1983. Raúl Alfonsín, elegido por el voto popular, asumió el 10 de diciembre de 1983.

⁶ Se llamó de este modo a las leyes de Obediencia debida y Punto final: En 1987 comenzaron las actuaciones judiciales contra oficiales del Cuerpo I de Ejército y de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA). Se produjeron entonces los alzamientos de los militares carapintada (por la pintura de camuflaje que utilizaban los comandos del ejército). Bajo esa presión, el gobierno de Alfonsín consiguió que el Congreso votara la Ley de Obediencia Debida. Hubo todavía nuevos alzamientos militares porque a pesar de ella seguían todavía bajo proceso un par de centenares de oficiales de las Fuerzas Armadas. (Verbitsky, 2011: 36)

los siguientes casos: “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros *vs.* Guatemala Sentencia de 8 de marzo de 1998), “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros *vs.* Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999), “Velázquez Rodríguez *vs.* Honduras”, Sentencia de 26 de junio de 1987, entre otros. Y, luego, expresamente en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que en su preámbulo refiere “Afirmando el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, así como el respeto del Derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin” (Asamblea General de las Naciones Unidas. Aprobado el 20 de diciembre de 2006).

II. Etimología de “escrachar”

Esta palabra proviene del habla o dialecto usado en sus orígenes por las clases populares de la ciudad de Buenos Aires y otras localidades rioplatenses, conocida como “lunfardo”. Parte de sus vocablos y locuciones se introdujeron posteriormente en la lengua popular y se difundieron en el español de Argentina y Uruguay. Nos interesa resaltar la importancia de su origen y su etimología, porque su elección no es casual, muy por el contrario, su origen nos remite a su significado, su identidad y pertenencia con nuestra sociedad.

El escritor y periodista argentino Roberto Arlt, en alusión a las críticas literarias de escritores de la época al lunfardo en pos de la academia y las gramáticas, dijo “que considera que los pueblos como el nuestro que están en continua evolución inventan palabras para expresar ideas nuevas y cambiantes”. (Arlt: 222)

El significado de “fotografiar”, naturalmente derivado de “escracho” o “escrachador: fotógrafo” y “escrachería: taller fotográfico”, no es el que más nos interesa, porque, aunque alguna vez pudo tener cierta utilización, especialmente literaria.

La acepción que elegimos, y con la que se emplea popularmente desde hace más de un siglo, es la que apareció en el diario *Crítica* del 24 de noviembre de 1913 en el *Novísimo Diccionario Lunfardo*, que se publicó durante un par de años y que firmaba, con nombre de fantasía, Ruben Fastrás, como: “romperle la cara a castañazos a una persona; irla de contundencia hasta el punto de dejarlo desconocido a una grela o a un bacán también.” Y cita como ejemplo: “Y la tuve que escrachar / Para hacer que se callara” (Gobello y Stilman, 1964: 105). La frase citada nos demuestra que la voz ya era conocida para esa época con la idea de “golpe”.

Encontramos en el Diccionario *Le Robert cracher: Projeter de la salive, des mucosités de la bouche* (V. intr. 1).⁷

La acepción deriva del genovés *scraccá* que apunta a la acción de expectorar o agredir a alguien de lo cual se seguiría el sentido que “escrachar” adopta en varias letras de tango. En ese sentido, la encontramos en la lectura de los tangos, o el sainete, expresiones culturales que fueron forjando una identidad cultural propia, rioplatense.⁸

III. El escrache como nueva forma de protesta

1. Contexto social. Crisis de la década de 1990 en Argentina

La década de 1990 se presenta con la instauración, en Argentina, de un modelo neoliberal y, en el contexto internacional,⁹ de una crisis caracterizada por el fin de las ideologías y una apatía generalizada.

⁷ Dictionnaires Le Robert. 2006.

⁸ En los siguientes tangos: “Viva el Tango” de Ferrer y Garello, “Pinta Brava”, letra de Mario Batistella; “El Chamuyo” letra de Yacare y música de Edmundo Rivero; “La Señora de Chalet” letra de José Pagano y música de Edmundo Romero. Y “la milonga dirá”, poema lunfardo de José María Otero.

⁹ Se toma como fecha la caída del Muro de Berlín en 1989, que durante 28 años dividió a Berlín Occidental de la República Democrática Alemana (RDA). Su eliminación significó el fin del régimen de la RDA y de los regímenes comunistas en Europa Oriental.

En la Argentina, como en toda la región, este escenario tuvo su repercusión: una crisis en las formas de protesta social, de acción colectiva.

Esta crisis se vio a su vez nutrida en las distintas organizaciones o movimientos sociales por varias medidas del sector político, así como de los órganos que las dirigían por sus alianzas al gobierno neoliberal del momento.

En el caso de las organizaciones de derechos humanos, su accionar y su lucha se vieron replegados por el duro golpe sufrido por las amnistías e indultos¹⁰ otorgados a algunos responsables de la última dictadura cívico-militar, que habían sido condenados en el juicio a las Juntas en causa 13¹¹.

De este modo, los diferentes actores sociales, veían replegadas sus formas de acción y de protesta ante el avance de un modelo neoliberal que se presentaría como único e incuestionable. Se impuso desde el discurso, la idea del Estado corrupto, mal administrador y un monstruo incontrolable al que inevitablemente había que quitarle participación e intervención y limitarlo a ser sólo un órgano de gestión, devolviéndole al mercado la regulación libre de la oferta y demanda de servicios. A ello, siguió la implementación del proceso privatizador de las empresas estatales, de los recursos naturales, y se llegó incluso

¹⁰ La Ley de Punto Final extinguía la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en los crímenes cometidos durante la dictadura. La Ley 23.521 establecía que, quienes revistaban como oficiales, jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias- no eran responsables de los hechos punibles referidos en el art 10, inciso uno, de la Ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. Con el cambio de gobierno en la República Argentina, el nuevo presidente, Carlos Saúl Menem, a finales de 1989 y a principios de 1990, dictó diferentes decretos de indultos que supusieron el final de todas las causas penales que estaban tratándose en aquel momento.

¹¹ El Juicio a las Juntas (conocido también como Causa 13) fue el proceso judicial llevado a cabo por la justicia civil (por oposición a la justicia militar) en la Argentina en 1985, por orden del presidente Raúl Ricardo Alfonsín (1983-1989) contra las tres primeras juntas militares de la dictadura (1976-1983) debido a las graves y masivas violaciones de derechos humanos cometidas en ese período. La sentencia condenó a algunos integrantes de las tres primeras juntas militares a severas penas.

a traspasar a empresas privadas los fondos jubilatorios. Lo anterior fue acompañado con un proceso de ajuste del gasto público, de políticas de flexibilización laboral y de criminalización de la protesta social, pero con una “economía estable”, en paridad con el dólar. La economía era la piedra angular salvadora de las realidades que se presentaban y, por el contrario, las ideologías, (la participación activa, la militancia social) eran consideradas de una época ya pasada.

La situación regional e internacional contribuía a estas ideas, junto con el derrocamiento del bloque socialista soviético y la concentración de un solo poder central, en el cual Estados Unidos era el actor principal.

La situación sociopolítica general conllevó al descreimiento, la apatía política, ante un futuro que se presentaba como predefinido, con imposibilidad de cambios profundos.

2. *Nuevas formas de protesta*

Estas crisis en las formas de acción colectivas conocidas y aprendidas hasta ese momento, las derrotas sufridas en el campo popular, originaron en la Argentina así como en el resto de la región y en el mundo nuevas formas de protesta social¹², nuevos actores sociales y distintas formas de participación y de resistencia a las políticas neoliberales estatales, en oposición a lo que pregonaban los portavoces del poder instalado, las ideologías dominantes e intelectuales de la época. En este sentido, seguimos a Javier Auyero, cuando expresa:

La forma de la protesta tiene que ver con procesos políticos y con formas de reclamo aprendidas en repetidos enfrentamientos con el Estado y con su relativo éxito

¹² “A partir del 2001 el uso de la “categoría de protesta social” desbordó el campo académico para pasar a constituir una suerte de concepto común, periodístico y político. En este sentido, es necesario aclarar que la noción de protesta aparece definida en el marco del paradigma de la interacción estratégica en función de dos rasgos mayores: el carácter contencioso de la acción y su visibilidad pública.” (Svampa, 2005: 318).

o fracaso. Las maneras en que la gente formula sus reclamos tiene que ver entonces con la política y con la cultura de la acción colectiva. (Auyero, 2002: 14)

Auyero retoma a Tilly, en cuanto ha estudiado la relación entre cambio social de gran escala y el carácter de la acción colectiva, y expresa:

Las instituciones democráticas duraderas surgen de luchas repetidas de largo plazo, en las que trabajadores, campesinos y otra gente común han estado involucrados (...) las revoluciones, rebeliones, y movilizaciones de masas marcan una diferencia significativa entre un país y otro con respecto al alcance de la democracia. (AUYERO. 2002: 15)

En Argentina se presentan nuevos repertorios, que irrumpen en el escenario social como formas de protesta, de acción colectiva, un cúmulo de rutinas aprehendidas y compartidas mediante las cuales los diferentes grupos sociales formulan sus reclamos. Dentro de estas nuevas formas de protesta social encontramos los movimientos de matriz sindical, organizaciones relacionadas con la defensa de los derechos cívicos, movimientos de matriz territorial ligados a nuevas formas de autoorganización barrial o a la lucha por la tierra y la defensa del hábitat, las organizaciones piqueteras¹³ y de desocupados y también organizaciones de derechos humanos. En este contexto, aparece un nuevo actor: la agrupación HIJOS.

3. *El escrache*

Es en la situación social de Argentina que venimos describiendo donde emergen los escraches como nueva forma de protesta social, de acción colectiva, pero también como “decir

¹³ Título que no derivó de su condición social (desempleados) o de sus demandas, sino de su acción misma [...] Así fueron llamados y ese nombre asumieron para sí. Fueron lo que hicieron. Su identidad social (desempleados) se transformó por fuerza de su identidad política (piqueteros) (Schuster, F., 2005, p. 52).

veraz”, como acto verídico en contraposición a la negación de la verdad por parte de los órganos judiciales encargados de su investigación, y la agrupación HIJOS. como nuevo “ethos” militante.

Luego de los indultos, se produce un fuerte impacto en el seno de las organizaciones de derechos humanos, lo que provoca el desplazamiento hacia la búsqueda de una condena social y hacia la reconstrucción de la memoria colectiva acerca del significado y las consecuencias del terrorismo de Estado. La falta de condena judicial acentuó la necesidad de profundizar la disputa en el terreno cultural. En este contexto, en Argentina, con la agrupación HIJOS aparecen los escraches como acción directa de modo tal que se puede afirmar que HIJOS fue quien instaló esta práctica. Claramente, la necesidad de esta agrupación pasaba, en ese entonces, por denunciar la impunidad institucional: la votación del Poder Legislativo de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y los decretos presidenciales del indulto.

En diciembre de 1996, se produjo el primer escrache: un grupo de aproximadamente treinta y cinco personas apareció en un sanatorio privado de la ciudad de Buenos Aires para denunciar que allí trabajaba un médico involucrado en violaciones a los derechos humanos (Jorge Luis Magnacco) acusado de presenciar sesiones de tortura, asistir a mujeres en sus partos en un centro clandestino de detención y denunciado por apropiaciones de bebés.

Más adelante, se definiría el repudio a Magnacco como “el primer escrache”. Es importante destacar que la identificación de este repudio como un escrache fue una resignificación posterior, ya que en ese momento ni los propios integrantes de HIJOS ni los medios de comunicación lo definieron de ese modo.

Podemos decir, entonces, que el escrache argentino fue “inventado” por HIJOS. Eso contribuyó a la revitalización de la lucha por los derechos humanos en esa adversa situación,

al evidenciar públicamente la impunidad de los genocidas y al apuntar a generar una condena social ante la ausencia de cualquier tipo de condena legal.

En el recorrido histórico que nos hemos propuesto con relación a los escraches advertimos algunos aportes de ONG vinculadas con el arte y la política o, como algunos denominan, “arte activista”.

El grupo Etcétera aportó a los escraches sus performances con estilo “grotesco”: con grandes muñecos, máscaras o disfraces. Representaba en la puerta de la vivienda o del lugar de trabajo del exgenocida, en medio de la movilización con la que concluía cada escrache, escenas de tortura, genocidas en el acto de apropiarse de un bebé, hijo de una prisionera o un militar limpiando sus culpas al confesarse con un cura.

Tanto los carteles del GAC¹⁴ como las creaciones artísticas de Etcétera proporcionaron una indiscutible identidad y visibilidad social a los escraches, y contribuyeron a que se evidenciaran como una nueva y contundente forma de protesta contra la impunidad instalada en ese entonces.

A diferencia de las rondas que todos los jueves realizan las Madres¹⁵ en torno a la pirámide de la Plaza de Mayo, los escraches constituían una práctica dispersa; podían ocurrir de improviso en cualquier parte del país: “A dónde vayan los

¹⁴ Es Grupo de Arte Callejero, por eso su nombre. Desde su formación en 1997, el GAC realizó trabajos en conjunto con diversas agrupaciones como la Mesa de Escrache Popular, HIJOS, Madres de Plaza de Mayo línea fundadora, Serpaj (Servicio de Paz y Justicia), diferentes colectivos de arte y organismos de derechos humanos, CORREPI (Coordinadora contra la Represión Policial e Institucional), familiares de los asesinados el 20 de diciembre, varios MTD (Movimiento de Trabajadores Desocupados), delegados de Metrovías, Argentina arde, Cine Ambulante, entre muchos más.

¹⁵ Todos los jueves, desde el año 1977, las madres de personas desaparecidas durante la última dictadura realizan una caminata silenciosa pidiendo la aparición de sus hijos/as en torno a la pirámide de la Plaza de Mayo, punto nodal de la ciudad alrededor del que se concentran los edificios que condensan el poder simbólico, político, religioso y económico de la nación.

iremos a buscar”¹⁶, se coreaba en las protestas. Al mismo tiempo, si las estrategias simbólicas de las Madres de Plaza de Mayo habían apuntado a dar visibilidad a las víctimas de la dictadura, HIJOS buscaba evidenciar la existencia de victimarios, intentaba expandir la condena social ante la evidente impunidad (“Si no hay justicia, hay escrache” era la consigna).

Las características y las formas de organizar los escraches fueron variando con el tiempo, pero la estructura básica de la protesta tendía a repetirse. Una vez que HIJOS decidía el nombre de la persona que iban a escrachar, buscaba y corroboraba sus datos básicos. Luego mandaba a imprimir volantes y afiches con toda esa información y la convocatoria para el día del escrache. Ese material era distribuido fundamentalmente en el barrio y en distintos lugares de la ciudad, como por ejemplo en aquellos colegios y facultades más comprometidos con los derechos humanos. Llegado el día, todas las personas convocadas se encontraban en un lugar cercano, desplegaban sus banderas y cuando reunían una cierta cantidad de personas marchaban todas juntas por las calles del barrio, entonando canciones contra el genocida o las fuerzas de seguridad. Cuando llegaban a la casa del acusado, realizaban una parodia o representación teatral, leían un breve discurso y luego marcaban el domicilio con pintura. La cantidad de manifestantes era muy variable y podía oscilar entre trescientas y dos mil personas, según el escrache. La gran mayoría de los concurrentes era joven, a excepción de unos pocos antiguos “militantes”¹⁷. Por la población movilizada tanto como por la forma de organizarlos y por los recursos utilizados, los escraches tenían una clara impronta generacional, pues eran un producto típicamente juvenil.

Los escraches consiguieron explotar y desarrollar mucho más la potencialidad que tenía el movimiento de derechos

¹⁶ Cántico que instalaron desde siempre los organismos de derechos humanos en Argentina, en todas las marchas y luego escraches, cuando de genocidas se hablaba.

¹⁷ Palabra utilizada en Argentina para hacer referencia a aquellas personas defensoras de una ideología o pertenecientes a un grupo, movimiento social o partido político.

humanos en la Argentina (que había recurrido tradicionalmente a la utilización de fotografías o de imágenes como forma de expresar sentimientos que difícilmente se podían expresar en palabras). En ese sentido, una práctica frecuente durante las marchas era la reapropiación de símbolos o elementos que formaban parte del paisaje urbano y resignificarlos con un contenido vinculado al escrache. Por ejemplo, a medida que los manifestantes se acercaban al domicilio del genocida aprovechaban para colgar carteles que imitaban el formato y la estética de las señales de tránsito oficiales, pero con dibujos o leyendas alusivas que advertían “Cuidado: a 300 m asesino suelto”, con el nombre y dirección de la persona escrachada.

Una cuestión para destacar es que el escrache terminaba convirtiéndose en un “evento festivo”. Había murgas¹⁸, personas disfrazadas y muñecos contruidos especialmente para ese evento que representaban al genocida. Durante los escraches, también se realizaban pequeñas obras teatrales, en las que se satirizaba a la persona del genocida o a las fuerzas de seguridad. Este clima que venimos describiendo no era casual, sino promovido por los organizadores de la protesta, que buscaban de ese modo alejar el fantasma del dolor y la tristeza. Desde su formación HIJOS cuestionó la recuperación que se hacía de los desaparecidos únicamente desde el lugar del sufrimiento y del dolor. Aun sin dejar de admitir que sus historias tenían un componente ineludible de dolor, desgarros y ausencias, HIJOS no quería que esos elementos se convirtieran en el rasgo distintivo de sus prácticas.

Los escraches empezaron a formalizarse con mayor planificación y regularidad en 1998. Es allí cuando tienen el mayor impacto sobre la sociedad, porque consiguen una amplia repercusión pública. Fue ese año cuando los principales diarios y revistas del país comenzaron a publicar notas y editoriales

¹⁸ Género artístico rioplatense que combina música y teatro. Dicha denominación también se aplica a las agrupaciones que también desarrollan este tipo de manifestación artística, que es muy frecuente en tiempos de carnaval y en otras festividades.

sobre “el escrache”. Inclusive, los informativos les dedicaron mayor importancia y también llegaron a transmitirlos en vivo. La popularidad de los escraches fue más allá de las fronteras argentinas, la propia modalidad del escrache comenzó a ser utilizada por el movimiento de derechos humanos de países vecinos como Uruguay y Chile. Incluso periodistas extranjeros se interesaron en realizar notas y documentales sobre el tema.

Los escraches fueron modificándose con el paso del tiempo, según el contexto político y las necesidades o intereses de la agrupación. El primer objetivo que tuvo el escrache fue dar a conocer cuáles eran los rostros de los genocidas, dejarlos expuestos públicamente frente a sus vecinos, ya que, si bien habían tenido una participación directa en la dictadura, no eran conocidos por toda la sociedad.

El trabajo en el barrio que realizaban los “escrachadores”, no terminaba en el hecho de “marcar la casa”. Se preparaban días previos al escrache, cuando “los militantes” iban a hablar con los vecinos, les contaban quién era el genocida que vivía en ese lugar, su historia, etc. Luego realizaban “la marca de la casa del genocida”. Pero el escrache no terminaba allí, ya que al día siguiente el escrache continuaba, porque como dicen ellos “el panadero no les vende el pan, el diariero le niega el diario y el vecino no lo saluda. Ese es el verdadero escrache”. (Bonaldi, 2006:24)

En un primer momento, entonces, los escraches estuvieron a cargo de HIJOS, pero inmediatamente, agrupaciones, colectivos de arte y otras personas individualmente comenzaron a unirse para colaborar en esta nueva idea de protesta social.

IV. Derecho Humano a la verdad

Resulta interesante destacar el análisis que se realiza en el libro GAC acerca de la memoria:

Una memoria de alguna manera es una visión del mundo social e histórico, por ese motivo no existe “la memoria”,

sino las memorias, las visiones, las selecciones, los olvidados, los recuerdos optados al paso del tiempo y las construcciones colectivas de esos hechos pasados. Por esta complejidad, las memorias no son meros recuerdos, sino construcciones de individuo-sociedad en relación dinámica y conjunta enmarcadas en un momento histórico-social. Las memorias evocan disputas de sentido, valor, poder, etc.: abandonando la falsa idea de una “memoria completa”. (GAC, 2009: 55)

Las memorias son múltiples como los distintos sujetos que integran la sociedad misma. Según Michel Foucault, no existen relaciones de poder sin resistencias; la resistencia existe porque está allí donde el poder está: es pues, como él, múltiple e integrable. Desde la Mesa de Escrache, construir resistencias es una respuesta en oposición a la trascendencia de las organizaciones sociales, es decir “basta”. Con el proceso del escrache se intenta un camino de poder como verbo, del poder-hacer como poder relacionarse, poder reconocerse en las diferencias y similitudes, poder construir colectivamente. “En este proceso de construir colectivamente la memoria no es un rompecabezas donde sus piezas forman una única imagen, [...] sino que hay que sumar las voces para ir armando, en lugar de un *puzzle* en que cada pieza tiene un solo lugar, una especie de caleidoscopio que reconoce distintas figuras posibles” (Calveiro. 2005: 19). Se crean de este modo prácticas políticas mediante la alegría, lo festivo y la reflexión.

Michel Foucault afirma que la verdad no queda ajena a la cuestión del poder: la verdad se produce a partir de múltiples relaciones y luchas por el poder, disputas, agonísticas constantes que conllevan efectos en los individuos, en las instituciones, y por supuesto en el amplio dominio del saber. Cada sociedad construye su régimen de verdad, su “política general de la verdad”; lo que equivale a decir que cada sociedad produce históricamente los rituales y mecanismos que permiten aceptar lo verdadero y rechazar lo falso. La verdad, por lo tanto, no se encuentra fuera del poder ni carece de

efectos de poder. De esta manera, el planteamiento de la verdad conduce a la política.

La verdad, como derecho humano fundamental, también ha tenido desarrollo en el sistema interamericano y en el derecho interno.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana, tiene un amplio desarrollo del concepto y alcance del Derecho a la Verdad. Inicialmente, la Comisión consideró que se trata del derecho de las familias a conocer la que sucedió con sus seres queridos, derivado de la obligación que tienen los Estados de brindar a las víctimas o sus familiares un recurso sencillo y rápido que los amparara contra violaciones de sus derechos fundamentales, conforme al Artículo 25 de la Convención Americana sobre derechos humanos:

Art. 25: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

La interpretación de este derecho ha evolucionado. Actualmente es considerado como un derecho que pertenece a las víctimas y sus familiares y también a la sociedad en general. Conforme a esta concepción, el derecho a la verdad se basa no sólo en el Artículo 25, sino también en los artículos 1(1), 8 y 13 de la Convención:

Art. 1: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Art. 8: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí

mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”

Art. 13: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier

persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

En ese sentido, la Comisión manifestó que cuando se dictan amnistías, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para establecer los hechos e identificar a los responsables. La Comisión también señaló que “toda sociedad tiene el derecho inalienable de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro”.¹⁹

La Comisión comprobó una violación del Artículo 13 respecto del derecho a la verdad en un caso en 1999, en El Salvador. En él, al constatar que se había violado el derecho a la verdad, señaló que el Estado tiene el deber de brindar a los familiares de las víctimas y a la sociedad en general información acerca de las circunstancias que rodearon las violaciones graves de los derechos humanos y acerca de la identidad de sus perpetradores, y afirma asimismo, que este derecho emana de los artículos 1(1), 8(1), 25 y 13. Por primera vez en este tipo de casos, la Comisión manifestó expresamente que el Estado había violado el artículo 13, señalando que la Convención Americana protege el derecho a acceder y a recibir información en su artículo 13. La cuestión del derecho a la verdad se suscitó ulteriormente en otros casos considerados por la Corte Interamericana de derechos humanos.

En el Caso de “Los niños de la Calle”²⁰ en el párrafo 204, la Comisión consideró al aludir a la violación del artículo 1.1, que “como resultado de las fallas del procedimiento judicial interno, a las familias de las víctimas se les negó su derecho a conocer y comprender la verdad y los derechos que trataban de reivindicar a través de los tribunales”. También, y en el mismo lineamiento,

¹⁹ Informe Anual-2002 de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión, párrafos 41 y 42.

²⁰ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. CIDH.

en el Caso Paniagua Morales²¹, párrafo 200, expresa que este Tribunal ha abundado en reiteradas ocasiones el derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer qué sucedió, y de saber quiénes fueron los agentes del Estado responsables de tales hechos. Como ha señalado esta Corte, “la investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad”.

Luego de analizar brevemente el derecho a la verdad en el contexto internacional, nos interesa detenernos en el derecho a la verdad exigido por la sociedad civil a través de los “juicios por la verdad” y del “escrache”.

La característica distintiva de los denominados juicios por la verdad histórica radica en que no podían condenar penalmente a los responsables del genocidio en nuestro país. El proceso judicial tenía como único objetivo hallar el destino de los desaparecidos, recuperar los cuerpos y la verdad histórica. Vale aclarar que por aquellos años tenían plena vigencia “las leyes de impunidad”.

En 1998 se da uno de los primeros pasos en aras de reactivar las causas paralizadas: se trata la primera causa que llega a la Comisión Interamericana de derechos humanos (CIDH) caratulada “AGUIAR DE LAPACO c/ Estado Argentino- Solución Amistosa”. Es utilizando esta causa que la CIDH pronuncia el fallo que obliga al Estado Argentino a reabrir las causas con el único objeto de determinar cuál fue la verdad histórica y el destino final de los desaparecidos. Este fallo permitió trabajar con estos fines a muchas Cámaras Federales del país, a sabiendas de que no se condenaría a ningún militar, ya que sólo se buscaba el destino de los desaparecidos.

En el 2003 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 25.779, que anula las Leyes de Punto Final y Obediencia

²¹ Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. CIDH.

Debida. El 14 de junio del 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un histórico fallo declara la inconstitucionalidad de la ley 23.492²² y de la Ley 23.521²³ y a su vez declara la validez de la ley 25.779 (sancionada en el Congreso en 2003) que las anula.

V. Derecho a la verdad. El escrache como acto verídico

Analizaremos los escraches como nueva forma de protesta social fundamentada en el Derecho a la verdad, para relacionarlo con el concepto de *parrhesía* de Foucault.

Desarrollaremos el análisis del escrache a partir de las clases del 12 de enero de 1983 que dictó Michel Foucault en el College de France y que se receptan en su libro *El gobierno de sí y de los otros*, como mecanismo de acción, de decir verdad, de hablar franco, de escupir la verdad ante un Estado que pretende ocultarla e ignorarla.

Foucault conceptualiza la *parrhesía*, palabra griega, como “decirlo todo”, pero más ajustado, dice, “hablar franco”. Es una virtud, un deber, una técnica, un procedimiento. En ese sentido expresa:

Esta noción de *parrhesía*, que era importante en las prácticas de la dirección de conciencia, [...] era una noción rica, ambigua, difícil en cuanto designaba en particular una virtud, una cualidad (hay gente que tiene la *parrhesía* y otra que no la tiene); también es un deber (es preciso, sobre todo en una serie de casos y situaciones, dar muestras concretas de *parrhesía*); y para terminar es una técnica un procedimiento: hay personas que saben valerse de la *parrhesía* y otras que no saben hacerlo (Foucault, 2009:59).

Los parrhesiastas, son las personas que llevan a cabo el escrache –como actor colectivo-. Serían quienes utilizan la *parrhesía*, los hombres verídicos, esto es, quienes tienen el coraje de

²² Ley de Punto Final.

²³ Ley de Obediencia Debida.

arriesgar decir veraz, y que arriesgan ese decir veraz en un pacto consigo mismos, en su carácter, justamente de enunciadores de la verdad. Este actor colectivo, la agrupación HIJOS y las agrupaciones de arte activista que los acompañaron y todos los que estuvieron en los escraches, es el -dicho por Foucault- “verídico”.

Luego de la desaparición de Jorge Julio López²⁴, el escrache como acontecimiento verídico o parrhesiático, adquiere más que nunca esta característica que menciona Foucault en el sentido de que “los parrhesiastas son aquellos que, en última instancia, aceptan morir por haber dicho la verdad. O, más exactamente, son aquellos que se proponen decir la verdad a un precio no determinado, que puede llegar hasta su propia muerte [...] ahí está, me parece, el nudo de la parrhesía”. (Foucault, 2009:75)

El parrhesiasta será quien diga la verdad y por consiguiente, se diferencie de todo lo que pueda ser mentira y adulación: “es una manera de decir la verdad”.

Cabe decir que los “escrachadores” podrían ser asimilados a los “parrhesiastas” de los que habla Foucault. Son quienes dicen la verdad. Claramente la necesidad de HIJOS era, en ese entonces, denunciar la impunidad institucional: la votación del Poder Legislativo de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y los decretos presidenciales del indulto. En ese sentido, el escrache contribuyó a la revitalización de la lucha por los derechos humanos en aquella adversa situación, al evidenciar públicamente la impunidad de los genocidas y apuntar a generar condena social ante la ausencia de cualquier atisbo de condena legal. HIJOS necesitaba “hablar franco”, “decir verdad”.

²⁴ Jorge Julio López es un albañil y ex militante de una unidad básica peronista barrial, y desde 1985 afiliado al Partido Socialista de La Plata. Desapareció en octubre de 1976 hasta junio de 1979 durante la última dictadura argentina. Por segunda vez, desapareció el 18 de septiembre de 2006, el día en que se realizaron los alegatos de la querrela en la Causa que como víctima fuera testigo (durante la presidencia de Néstor Kirchner habiéndose derogado las leyes de Obediencia Debida y Punto Final). Hasta la fecha, Jorge Julio López se encuentra desaparecido.

Partiendo del concepto que hemos elegido, *parrhesía*,

las maneras de decir verdad se analizan o bien por la estructura misma del discurso o bien por la finalidad de éste, o bien, si se quiere por los efectos que esa finalidad acarrea sobre la estructura y con ellos los discursos se analizan según su estrategia. Las diferentes maneras de decir la verdad pueden aparecer como tantas otras formas, sea de una estrategia de la demostración, sea de una estrategia de la persuasión, sea de una estrategia de la enseñanza, sea, por fin de una estrategia de la discusión. ¿Forma parte la parrhesía de una de esas de estrategias (Foucault, 2009:70)

Luego prosigue “la parrhesía no participa de una estrategia de demostración, no es una manera de demostrar [...] aunque puede en efecto utilizar elementos de la demostración [...] Pero no la definirán ni la demostración ni la estructura racional del discurso.” (Foucault, 2009:70,71)

Retomando el análisis, el escrache no es solamente una estrategia de demostración, de hecho utiliza elementos de demostración, pero el objetivo es gritar, decir verdad.

Cuando Foucault analiza si la *parrhesía* es una estrategia de la persuasión o si forma parte del arte de la retórica, si bien ambas se suelen aproximar, interferir y entrelazar, la diferencia para definirla como elemento que no participa de la retórica, es que

la parrhesía se define fundamental, esencial y primordialmente como el decir veraz, mientras que la retórica es una manera, un arte o una técnica de disponer los elementos del discurso con el fin de persuadir. Pero que ese discurso diga o no la verdad no es esencial para la retórica. No hay una forma retórica específica de la *parrhesía*. Y, en especial, su finalidad no consiste tanto en persuadir, no se trata forzosamente de persuadir. (Foucault, 2009:71)

El primer objetivo que tuvo el escrache fue dar a conocer cuáles eran los rostros de los genocidas, dejarlos expuestos

públicamente frente a sus vecinos, ya que si bien habían tenido una participación directa en la dictadura, no eran conocidos por toda la sociedad. Los “escrachadores” no tenían necesidad de persuadir, sólo gritar la verdad. Por el contrario, los que recurrían a la retórica y al arte de la persuasión eran los representantes del gobierno que buscaban legitimar sus decisiones políticas utilizando justificaciones como “reconciliación nacional”, “paz social”, cerrando las venas abiertas a través de las leyes de impunidad.

El escrache, tampoco tiene como finalidad o estrategia enseñar, sino como bien dice Foucault cuando habla del parrhesiasta, el escrachador sólo arroja la verdad sobre la cabeza de aquel con el cual dialoga.

No es pedagogía, porque en la parrhesía (al contrario de ella) quien dice la verdad la arroja a la cara de su interlocutor, una verdad tan violenta, tan abrupta, dicha de una manera tan tajante y definitiva que el otro no puede más que callarse, sofocarse de furia. Y es en ese sentido que los genocidas se enfurecían, revestían sus casas de un líquido que no permitía manchar la pared para que las pintadas de los “escrachadores”, luego del escrache, se pudieran borrar.

En los escraches no se busca discutir. No hay nada que discutir, justamente, porque la verdad resulta palmaria, y eso es lo que evidencian los “escrachadores”: poner el cuerpo y la vida por “decir verdad”.

Como ya dijimos, había un riesgo que en el escrache y en los actores sociales que llevaban a cabo acciones de protesta contra el silencio y la invisibilización de la verdad se presentaba en cada momento, en cada acción: con amenazas, intimidación, judicialización de la protesta social con consecuencias penales para los propios parrhesiastas.

Foucault en su clase propone el término más amplio, “veracidad”, en vez de “hablar franco”, para definir la *parrhesía*:

La parrhesía es pues cierta manera de hablar. Más precisamente es una manera de decir la verdad. Es [...] una

manera de decir la verdad, de tal modo que, por el hecho mismo de decir la verdad, nos exponemos a un riesgo [...] es una manera de abrir ese riesgo ligado al decir veraz al constituirnos en cierta forma como interlocutores de nosotros mismos cuando hablamos, al ligarnos al enunciado y la enunciación de la verdad. Para terminar, la *parrhesía* es una manera de ligarnos a nosotros mismos en la forma de un acto valeroso. Es el libre coraje por el cual uno se liga a sí mismo en el acto de decir la verdad. E incluso es la ética del decir veraz, en su acto arriesgado y libre. En esa medida, para esa palabra que, en su uso limitado a la dirección de conciencia, se traducía como “hablar franco”, creo que podemos, si se (le) da esta definición un poco amplia y general, proponer [como traducción] “el término veracidad” (2009:82).

El parrhesiasta, quien utiliza la *parrhesía*, es el hombre verídico, esto es, quien tiene el coraje de arriesgar el decir veraz, y que arriesga ese decir veraz en un pacto consigo mismo, en su carácter justamente, de enunciado de la verdad. Es “el verídico”.

Al analizar el escrache como acción “verídica” y los “escrachadores” como los “verídicos” es importante destacar lo que dice el autor Pablo Bonaldi, cuando menciona que lo nuevo del escrache es que, en un sentido, desinstitucionaliza el reclamo. Cambia la forma de protesta y el interlocutor al que va dirigida. Ya no es un reclamo o una acción dirigida directamente al gobierno de turno, ni a ninguno de los poderes (legislativo o judicial). HIJOS prescinde de la dimensión estatal para colocar el debate en el seno de la sociedad misma; en ese sentido, el espacio físico elegido como escenario constituye un dato revelador pues las movilizaciones no se realizan hacia la Plaza de Mayo, hacia la sede del poder Legislativo o del poder judicial, como es habitual en otro tipo de manifestaciones, sino hacia los domicilios de los responsables de los crímenes (Bonaldi, 2006:18). A los fines de nuestro trabajo esto resulta primordial: el objetivo de HIJOS es “escupir” propiamente la verdad en la cara del torturador y por eso van hacia su mismísimo domicilio.

Foucault, al reparar en *la parrhesía* como acto verídico en cuatro ejes, va a plantearse que se pone en juego una cuestión filosófica fundamental: el lazo que se establece entre la libertad y la verdad-

¿Cómo y en qué medida la obligación de verdad – “el obligarse a la verdad”, “el obligarse por la verdad y el decir veraz” – es al mismo tiempo el ejercicio de la libertad y un ejercicio peligroso de la libertad? ¿En qué sentido (el hecho de) obligarse a la verdad (obligarse a decir verdad, obligarse por la verdad, por el contenido de lo que se dice y por el hecho de decirlo) es efectivamente el ejercicio, y el ejercicio más alto de la libertad? (2009:83)

El hecho de tener su foto, movilizarse a su casa o conocer sus rutinas generaba una sensación de estar muy cerca del genocida. De hecho, los escraches tuvieron mucho de enfrentamiento “cara a cara”. En ese sentido, si bien el interlocutor principal al que se dirigían los manifestantes eran los vecinos, a quienes les decían escupían la verdad y les pedían que se sumen al repudio, los HIJOS interpellaban directamente al genocida para enrostrarle sus crímenes pasados y en ese sentido se definía la *parrhesía*.

VI. Conclusión

Los escraches como nueva forma de protesta social, como nuevo repertorio de acción colectiva, ya se encuentran instalados dentro de la cultura de acción colectiva de nuestra sociedad.

La misma palabra “escrache”, denota la identificación de esa palabra (más allá de su significado en años pasados) con el escrache “inventado” por la Agrupación HIJOS basta sólo buscarla en internet para que el buscador remita a las páginas que explican o narran las historias de esta nueva forma de protesta social. En este sentido seguimos al escritor y periodista Roberto Arlt, porque entendemos que no resulta casual la elección de esa palabra proveniente del lunfardo. Lenguaje precisamente

nacido del pueblo, de origen rioplatense, que usa palabras que justamente expresan nuevas ideas, cambios, nuevas formas, de cómo irrumpir en el escenario público en las calles, con expresiones artísticas para “escupir” la verdad.

Resaltamos que los escraches consiguieron profundizar y explotar mucho más la lucha por los derechos humanos, siendo una de las acciones de protesta y resistencia que en Argentina llevaron a anular las “leyes de impunidad” y con ello al proceso de reapertura y apertura de causas penales contra los genocidas. La Agrupación HIJOS como nuevo actor social, junto a otros, captaron la activa participación de diferentes grupos, y sobre todo de jóvenes, en una época signada por el descreimiento y la apatía.

Es uno de los procesos de lucha que, profundiza y le da contenido al Derecho Humano fundamental a la verdad. Dentro de ese marco, los “escrachadores”, “parrhesiastas”, “verídicos” no siguieron las líneas apuntadas desde el poder, como así ningún instinto de compasión ni de autosacrificio, sino por el contrario por el camino de la acción colectiva, pretendieron expresar y “escupir” su verdad, y “poner el cuerpo”, líneas de acción que atacaban una supuesta “tranquilidad de vecinos”, señalizando con una mancha roja como símbolo, con daños a la “pretendida propiedad privada como valor” que el Estado protegía, desenmascarando a las instituciones democráticas y sus agentes.

El escrache como nueva forma de protesta social, de proceso de lucha, más allá del contexto que le dio origen, se encuentra ya como repertorio de esa acción colectiva, como acto de decir veraz, como acto parrhesiástico de nuestro repertorio cultural. Como parte de nuestra democracia. En este marco, los procesos de luchas colectivas repetidas, son los que le dan el alcance y el verdadero contenido a las instituciones democráticas, profundizando los cambios y transformaciones. Para ello se toma a la democracia no sólo en términos del funcionamiento formal del sistema político, sino como una práctica conflictiva vinculada

al poder, que refleja las luchas acerca de quiénes podrán decir que en el proceso de definir cuáles son los problemas sociales comunes y cómo serán abordados. Que ello evidencia que el reconocimiento (o negación) de ciertos derechos (individuales y colectivos) a ciertos sujetos (individuales y colectivos); así como la relación Estado-ciudadano, resulta de un proceso histórico –político en continua reestructuración.

VII. Bibliografía

- Antonelli, Mirta Alejandra (2009) “El umbral de reconocimiento del escrache de HIJOS en la dramaturgia societal Argentina”. Ponencia presentada en el *Primer Congreso Nacional “Protesta Social, Acción Colectiva y Movimientos sociales”*. 20-31 de marzo de 2009, Universidad de Buenos Aires.
- Arlt, Roberto, (2010 “El idioma de los argentinos”, en *Aguafuertes porteñas*, Losada, Buenos Aires.
- Auyero, Javier (2002) “*La protesta. Retratos de la beligerancia popular en la Argentina democrática*”. Libros del Rojas, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Bonaldi, Pablo (2006) “Si no hay justicia hay escrache. El repudio moral como forma de protesta”, en *Apuntes de investigación*, n° 11, pp 9-30.
- Calveiro, Pilar (2005) Política y/o violencia. *Una aproximación a la guerrilla de los años 70*. Grupo Editorial Norma. Buenos Aires.
- Dictionnaires Le Robert (2006).
- Fallos de la Corte Suprema de Justicia (1998) “Urteaga, Facundo R.C. Estado Nacional” (Estado Mayor Conjunto de las FFAA s/ Amparo, Corte Suprema de Justicia de la Nacional 15/10/98).
- Foucault, Michel (1979) “*Microfísica del Poder*”. Editorial Piqueta, Madrid.
- Foucault, Michel (2009) “*El gobierno de si y de los otros*”, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires.
- Gobello, José y Stilman, Eduardo (1964), *Diálogos de Villoldo*, Freeland. Buenos Aires.

- GAC (2009) *GAC. "Pensamientos, prácticas, acciones"*. Ed. Tinta Limon. Buenos Aires.
- Herrera Flores, Joaquín (2000) "Hacia una visión compleja de los derechos humanos" en J- Herrera Flores (ed.) , *El vuelo de Ate-neo. Derechos humanos y Critica de la Razón Liberal*, Descleé de Brouwer, Bilbaro, pp 19-78.
- Longoni, Ana y Bruzzone, Gustavo (comp.) (2008) *"El Siluetazo"*. Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires.
- Medici, Alejandro y Herrera Flores, Joaquín (2004) "Los derechos humanos y el orden global. Tres desafíos teórico-prácticos." en Sanchez Rubio, David, Solórzano Alfaro, Norman, Lucena Cid, Isabel V. (Eds.) *Los Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos*, Icaria, Barcelona, pp. 97-189.
- Nietzsche, Federico (1992) *Genealogía de la Moral*,. Madrid, Alianza.
- Raffin, Marcelo (2006) *La experiencia del horror*,. Editores del Puerto, Bs. As.
- Schuster, F. (2005). "Las protestas sociales y el estudio de la acción colectiva", en Naishtat, F. y Schuster, F. *Tomar la palabra. Estudios sobre protesta social y acción colectiva en la Argentina contemporánea*, Prometeo, Buenos Aires.
- Svampa, Maristella (2005) *"La Sociedad Excluyente. La Argentina bajo el signo del neoliberalismo"*, Aguilar, Altea, Taurus/ Alfguara, Buenos Aires.
- Terruggi, Mario (1974). *Panorama del Lunfardo*, Cabangon, Buenos Aires.
- Verbitsky, Horacio (2011). "Entre Olvido y memoria", en Gabriele Abdreozzi (coord.), *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Atuel-Cara o Ceca, Buenos Aires.

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO



Sororidad

No dice nada.
Su humanidad grita, silenciosa.
Se piensa amada.

Pero se miente,
Y se cobija en sus brazos inertes,
Ella los sueña fuertes...
No habrá otros.
¿quién va a quererla con el alma rota?
Brazos de metal,
Seguridad material,
Aniquilación emocional.
Y así,
A pura fragilidad, valiente
Se desea la muerte,
No divisa otra salida,
En este laberinto que es su vida.
Hasta que llega el milagroso día...
Vendaval de esperanza
Sororidad que inspira confianza
Se abre paso y se anima
Denuncia y respira.

Autora: *Florencia Ronco*

Arte de la portada: Eleonora Burry

Derechos Económicos Sociales y Culturales de los Pueblos Indígenas y su relación con las reivindicaciones Territoriales: La lógica del despojo o por qué el neoextractivismo es incompatible con el derecho de propiedad comunitaria de la tierra de los Pueblos Indígenas. La importancia del rol del Estado¹

*Joaquín Gutiérrez*² | Universidad Nacional de la Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 543-603

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e290>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4574-5554>

I. Introducción

En el contexto de acceso a la justicia y derechos humanos, se plantea en el presente trabajo abordar la temática de propiedad comunitaria de la tierra de los pueblos indígenas y su íntima relación con los derechos económicos, sociales y culturales. El desarrollo se estructurará sobre la base del concepto de (neo) extractivismo³, acuñado por la socióloga argentina Maristella

¹ Trabajo final presentado en el Curso de "Seminario sobre Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. El desafío desde el derecho administrativo", Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, a cargo del Dr. Fabián Salvioli y el profesor Guillermo Rizzi.

² Estudiante de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

³ Maristella Svampa; Enrique Viale Trazar; "Continuidad y radicalización del neoextractivismo en Argentina"; Perfiles Económicos N°3, Julio 2017, pp. 87-97, ISSN 0719-756X.

Svampa⁴, cuyo desentrañamiento posicionará la discusión desde una perspectiva crítica y de visibilización de las distintas problemáticas que dicho modelo económico-productivo implica para las comunidades indígenas argentinas y americanas en general.

Siendo de especial preocupación la situación alarmante que los pueblos indígenas sufren en relación a la posesión, reivindicación y desalojo de sus tierras ancestrales de manera homogénea en el territorio, a nivel continental, en adición a las consecuentes violaciones a sus derechos humanos, es que se pretende por su relevancia socio-cultural abordar dicha temática.

El esquema de desarrollo del trabajo se enfocará en poner en relieve la problemática de la posesión de la tierra y de las violaciones de derechos humanos a las comunidades indígenas tanto en la Argentina como en América, deslizando una breve aproximación histórico-conceptual de dicha temática, así como de la lógica extractivista de desarrollo perseguida por los países. Se determinará el marco jurídico-normativo desde el cual se erigirá toda la construcción teórica, que junto con datos precisos sobre la situación de despojo y/o violaciones de derechos humanos que sufren distintas comunidades indígenas, conformará la base sustancial o punto de partida para el desarrollo del trabajo.

Ocupará un lugar central la exposición detallada de los derechos de los pueblos indígenas según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sus alcances, las obligaciones estatales para con los mismos en relación al respeto de sus derechos (de manera genérica y en particular en el contexto de proyectos de desarrollo e inversión de actividades extractivas de recursos naturales), así como su recepción legislativa en argentina.

Todo ello tendrá como objetivo verificar la relación problemática que existe entre el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra de los pueblos indígenas y sus recursos naturales, en

⁴ Investigadora del Conicet y Profesora de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina

contraposición a la lógica de la “visión eldoradista”⁵ que ostenta el discurso neoextractivista sobre los mismos. De igual manera, será objetivo principal de este trabajo explicar la relación de causa-efecto que implica el avance de la frontera agrícola (elemento esencial para comprender el neoextractivismo) sobre los desalojos forzados a las comunidades indígenas. Como corolario, será objeto de demostración, a modo de hipótesis, la incompatibilidad que existe entre el sistema de producción neoextractivista y el desarrollo y subsistencia de las culturas originarias, en tanto el citado modelo supone la utilización no sustentable de la tierra, colisionando así con la cosmovisión que estas culturas tienen sobre la misma. Ello pone en peligro la supervivencia de la cultura de los pueblos originarios, propiciando su asimilación con la cultura occidental, y constituyéndose en tanto violatorio de sus derechos humanos. En resumen, la propuesta será iluminar los cimientos de un modelo económico que se desarrolla a expensas de violaciones de derechos humanos dirigidas a los pueblos indígenas.

II. Estado de situación

Resulta cuanto menos ingenuo, por no decir negacionista, presentar la temática del despojo sufrido por los Pueblos Originarios de América como una mera cuestión de actualidad. Las múltiples atrocidades y sufrimientos que dichos pueblos han debido atravesar a lo largo de la historia, como consecuencia de la penetración cultural de occidente en su mundo, precisarían incontables páginas para ser cabalmente expresados. No atañe ello al desarrollo del presente trabajo, pero no por dicho motivo debe dejar de tenerse presente.

La historia de lucha y reconocimiento de derechos que es común a estos pueblos es una historia extensa y que ha conquistado,

⁵ Svampa, Maristella 2012 “Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año XIII, N° 32, noviembre. Pp 16. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20120927103642/OSAL32.pdf>

no mucho tiempo atrás, la reivindicación de su cosmovisión en independencia con la impuesta desde el mundo occidental.

Fue la Organización Internacional del Trabajo (OIT), quien se consagró como pionera en el estudio de la problemática y los derechos de los Pueblos Indígenas. Su labor, que comenzó en 1920, culminó en 1957 con la adopción del Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, referida a los derechos sobre la tierra, salud, condiciones de trabajo y educación, entre otros, y que constituyó el primer intento de codificación en la materia. Sin embargo, rápidamente fueron evidenciadas las falencias y defectos de dicho Convenio por los mismos pueblos indígenas, en tanto no consideraba la cosmovisión indígena como una alternativa de desarrollo, y por el contrario planteaba un “enfoque paternalista e integracionista: la integración a la sociedad nacional mayoritaria era el único futuro posible para dichos pueblos, al paso que todas las decisiones relacionadas con su desarrollo correspondían sólo al Estado y no a los propios pueblos que podían ser afectados por aquellas”.⁶ A consecuencia de ello, en 1989, surge el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. El Convenio 169 plantea una dinámica distinta sobre el respeto a sus derechos, en tanto proporciona valor adicional a su identidad, sus tradiciones y sus formas de organización política, económica y social, dotándolos del derecho de participación en la toma de decisiones y la construcción política en general de los estados a los cuales pertenezcan. La Comisión Interamericana dice al respecto que dicho Convenio propuso “el respeto a la cultura e instituciones de los pueblos indígenas incluidas sus formas de gobierno y el derecho consuetudinario, con especial atención a las normas penales”⁷,

⁶ Gialdino, Rolando E.; “El rescate de la diferencia. Las comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Fuente: JA 2006 III 1178; Suplemento de Jurisprudencia Argentina; 6/9/2006.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos; “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas”; OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20 octubre 2000, Original: Español. Disponible en: <http://www.cidh.org/Indigenas/indice.htm>

de lo cual deducimos su relevancia. Dicho convenio fue ratificado por Argentina en 1984 y depositado ante la OIT en el año 2000, entrando en vigor en 2001.

Desde otra perspectiva, la Corte Interamericana ha tratado el tema de los Pueblos Indígenas en casos de jurisprudencia que han sido relevantes para la elucidación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos. La primer ocasión en que analizó la temática fue en el año 2001 con el "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo Awas Tingni) vs. Nicaragua". Las interpretaciones allí expuestas sobre la Convención fueron de valiosa utilidad como precedentes jurisprudenciales, en tanto denotaron una aproximación mayor al respeto por la cosmovisión de estos Pueblos; al igual que las que tuvieron lugar con posterioridad, como los casos "Comunidad Moiwana vs. Suriname" en 2005, "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay" y "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", entre otros.

En lo que atañe a las fuentes del derecho indígena en nuestro ordenamiento constitucional argentino, se podría bien decir que es de una completitud casi perfecta en la materia. Mediante la reforma constitucional del año 1994, nuestra Constitución Nacional ha adoptado con jerarquía constitucional en el artículo 75 inc. 22, entre otros tratados internacionales, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y a la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en correlato con la obligación que supone la ratificación de dichos instrumentos convencionales entiende que "la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación y aplicación de la Convención Americana por las autoridades nacionales."⁸ Por lo que dicha jurisprudencia resultaría fuente del derecho constitucional. En adición, la reforma ha valido, a su vez, la incorporación de un artículo que precisamente reconoce los derechos de los Pueblos Originarios. Se trata del

⁸ Corte Sup., "Giroldi", sent. del 7/4/1995, Fallos 318:514, entre otros, JA 1995 III 571.

mismo artículo 75 inc. 17 sobre las atribuciones del Congreso de la Nación en materia de derecho indígena.⁹

En el ámbito interno del derecho argentino, no sólo se encuentra regulada la temática indígena, y sus derechos a la salud, alimentación, educación, respeto cultural y propiedad comunitaria de la tierra, entre otros, en la Constitución Nacional; de hecho existe una ley del Congreso de la Nación sobre ello, la Ley 23.303 sobre “Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes. Objetivos. Comunidades Indígenas. Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. Adjudicación de Tierras. Planes de Educación, Salud y Vivienda.”, Sancionada y promulgada en el año 1985. Entre las cuestiones más relevantes que esta ley destaca, además de la consagración de extensos derechos para las Comunidades Indígenas, son la creación de un Instituto Nacional de Asuntos Indígenas como entidad descentralizada con participación indígena que fuera la institución responsable de velar por el cumplimiento de la citada ley, y por otro lado, prevé un procedimiento para la adjudicación de tierras y para el reconocimiento de su personería jurídica.

No obstante, a pesar de tan acabado sistema de fuentes del derecho indígena, no puede negarse su contradicción con la realidad respecto de su escasa efectividad. Como evidencia Rolando Gialdino, “la realidad cotidiana nos presenta los reiterados conflictos y tensiones que atraviesan a nuestro país, ante la habitual, secular y ominosa injusticia, cuando no invisibilidad, desdén e indiferencia, a la que están sometidas nuestras comunidades indígenas.”¹⁰

⁹ Constitución de la Nación Argentina, artículo 75 inciso 17: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

¹⁰ Gialdino, Rolando E.; “El rescate de la diferencia. Las comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Fuente: JA 2006 III 1178; Suplemento de Jurisprudencia Argentina; 6/9/2006.

La razón por la que se propone abordar la temática de los derechos indígenas en contraposición con el modelo de neo-extractivismo es que dichos pueblos ocupan en la actualidad territorios que son altamente codiciados por proyectos extractivos orientados a la exportación. El motivo es visibilizado con preocupación por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien expresa que "...con gran frecuencia, los proyectos de extracción, explotación y desarrollo coinciden con tierras y territorios históricamente ocupados por pueblos indígenas y tribales, y comunidades afrodescendientes. Ello se relaciona a que las tierras y territorios que tradicionalmente habitan estos pueblos suelen encontrarse en zonas que albergan una cantidad significativa de recursos naturales..."¹¹

La existencia del paradigma del extractivismo existe, como modelo de producción y acumulación en América, con mayor o menor intensidad, desde la irrupción del pensamiento "civilizatorio" europeo y de su manipulación de los recursos. La riqueza latinoamericana fue el combustible de la revolución industrial porque propició la acumulación de capital y la distribución desigual mundial de la riqueza. Eduardo Galeano imprime al respecto: "El saqueo interno y externo, fue el medio más importante para la acumulación primitiva de capitales que, desde la Edad Media, hizo posible la aparición de una nueva etapa histórica en la evolución económica mundial (...) esta gigantesca masa de capitales creó un ambiente favorable a las inversiones en Europa, estimuló el "espíritu de empresa" y financió directamente el establecimiento de manufacturas que dieron un gran impulso a la revolución industrial".¹² Ello importa un claro ejemplo del papel

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos; "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo"; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15 31 diciembre 2015; párr. 16; Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>

¹² Galeano, Eduardo; "Las venas abiertas de América Latina"; Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012; Pp. 46-47.

fundamental que han jugado históricamente los vastos recursos americanos en la construcción del paradigma capitalista y el rol que, en función de la división internacional del trabajo, ocupó Latinoamérica como proveedora de materias primas.

Si bien la mitad del siglo XX implicó en América Latina una incipiente industrialización sustitutiva de importaciones (en razón de una multifactorialidad, que no merece en el presente trabajo mayor detenimiento, pero que en alguna medida se debió al reconocimiento del “deterioro de los términos de intercambio entre el precio de los bienes primarios que se exportaron y los bienes industriales que se importaban”¹³), en las décadas subsiguientes dicho proceso se vio invertido. En el contexto de ajuste neoliberal y de dictaduras militares en la región (década del ‘70), se evidencia un retorno al tradicional paradigma como consecuencia del llamado Consenso de Washington. El lema esta vez propuesto retomaba la antigua concepción de matriz extractivista, en tanto se basó en la teoría de las ventajas comparativas, “utilizada para argumentar la necesidad de concentrarse en lo que el continente hacía mejor: producir commodities.”¹⁴

La problemática a la que en la actualidad asistimos, implica una acentuación de dicho modelo en tanto impera lo que para Svampa constituye un momento de cambio de época, en el cual se inserta el neoextractivismo. La autora lo define como una consecuencia del “Consenso de los Commodities”, resultado de una alza en los precios internacionales de los productos primarios, que “tendieron a subrayar las ventajas comparativas del boom de los commodities”¹⁵, y que tuvo lugar en la década del 2000.

¹³ Lander, Edgardo; “El Neoextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones”; Heinrich Böll Stiftung, Berlín, 13-14 de mayo de 2014; Disponible en: <https://mx.boell.org/sites/default/files/edgardolander.pdf>

¹⁴ Lander, Edgardo; “El Neoextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones”; Heinrich Böll Stiftung, Berlín, 13-14 de mayo de 2014; Disponible en: <https://mx.boell.org/sites/default/files/edgardolander.pdf>

¹⁵ Maristella Svampa; Enrique Viale Trazar; “Continuidad y radicalización del neoextractivismo en Argentina”; Perfiles Económicos N°3, Julio 2017, pp. 87-97, ISSN 0719-756X.

Ahora bien, una vez delimitado el contexto histórico y definido el marco legal, creo que es de gran importancia realizar una aproximación a la problemática actual que este modelo supone y evidenciar así los perjuicios que irradia a las Comunidades originarias.

Si analizamos el resultado que la nueva política de neoextractivismo ha dejado en la Argentina observaremos datos atemorizantes. En nombre del avance de la frontera agropecuaria, por la implementación de cultivos transgénicos y de la ganadería intensiva, se deforestaron dos millones y medio de hectáreas en un período menor a diez años. El dato aportado por Darío Aranda en su libro “Tierra Arrasada” es el siguiente: “Si se computa el período 2004-2012, las topadoras arrasaron 2.501.912 de hectáreas, el equivalente a 124 veces la superficie de la Ciudad de Buenos Aires...”, y agrega “en marzo de 2008, la Secretaría de Ambiente de la Nación reconoció el récord de desmonte en la Argentina y precisó que el ranking de deforestación estaba encabezado por Santiago del Estero (515.228) y Salta (414.934). Lejos, tercero, Chaco (127.491 hectáreas).” Por otro lado, Aranda agrega que “El gobierno nacional, junto a provincias y empresas, impulsa el Plan Estratégico Agroalimentario (PEA), que aspira a aumentar la producción granaria un 60 por ciento para 2020 (pasar de los 100 millones de toneladas actuales a 160 millones de toneladas). El mismo texto del PEA explicita un 27 por ciento de aumento del área sembrada (pasar de 32 millones de hectáreas a 41 millones). Se profundizará el avance sobre la zona del norte argentino.”¹⁶

Monsanto, quien recibió la aprobación de una nueva semilla transgénica en el año 2012 por el Ministerio de Agricultura, controla el mercado de semillas no sólo en Argentina, sino en el mundo (86% del mercado de transgénicos le pertenece¹⁷).

¹⁶ Darío Aranda; “Tierra Arrasada. Petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del Siglo XXI”; Sudamericana; Buenos Aires; 2015; P. 150-152

¹⁷ Darío Aranda; “Tierra Arrasada. Petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del Siglo XXI”; Sudamericana; Buenos Aires; 2015; P. 18.

Es la mayor corporación de agronegocios y una de las mayores productoras de agrotóxicos a nivel mundial.

Chevron, por su parte, quien recibió el otorgamiento de la concesión de una parte del territorio del yacimiento de hidrocarburos Vaca Muerta, fue condenada en Ecuador a una suma millonaria por contaminación ambiental (virtió alrededor de 100 millones de litros de crudo y contaminó territorios donde vivían pueblos indígenas campesinos). Sin embargo, se negó a pagar la condena y se encuentra prófuga de la Justicia ecuatoriana tras retirar sus activos del país.¹⁸

En este contexto, y solo por citar uno de los tantos ejemplos, la “Comunidad Iwi Imemb y” fue expulsada violentamente de su territorio ancestral en la provincia de Salta en el año 2003. Sus tierras fueron vendidas a la empresa transnacional Seaboard Corporation, la cual instaló mediante la empresa Tabacal Agroindustria, el asentamiento para la producción de azúcar más grande de Argentina (Ingenio San Martín El Tabacal). Tras el desalojo forzado la comunidad migró a la provincia de Buenos Aires. Hoy solicitan a dicha provincia, amparo de por medio, la adjudicación de tierras en la localidad de El Pato.¹⁹

En la estepa patagónica, la Comunidad mapuche Kaxipayiñ ocupa un territorio cuyo subsuelo alberga una de las mayores reservas de gas de la Argentina, el yacimiento Loma La Lata. Conviven con la explotación de hidrocarburos a pocos metros de sus casas, y como advierte Aranda, “La comunidad Kaxipayiñ enfrenta desde hace cuatro décadas un proceso de violación de derechos y son la prueba viviente de la contaminación. Metales pesados en sangre, abortos espontáneos, cáncer, diabetes y cegueras.”²⁰

¹⁸ Voz de América; “Ratifican millonaria condena a Chevron en Ecuador”; Quito, 11 de Julio de 2018. Disponible en: <https://www.voanoticias.com/a/ratifican-millonaria-condena-a-chevron-en-ecuador-4478384.html>

¹⁹ Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata N°4, Secretaría N°11; “Comunidad Iwi Imemb y (Hijos de la Tierra) c/ Poder Ejecutivo Provincial – Provincia de Buenos Aires y otros s/ amparo colectivo”; La Plata, 22 de mayo de 2018.

²⁰ Darío Aranda; “Tierra Arrasada. Petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del Siglo XXI”; Sudamericana; Buenos Aires; 2015; P. 31.

En el año 2010 se contabilizaron en el noroeste argentino aproximadamente 5 millones de hectáreas de territorios en disputa por conflictos territoriales y ambientales, lo que equivaldría a la superficie de la provincia de Jujuy, y 600 mil personas afectadas en consecuencia de ello, que mayoritariamente fueron identificadas como campesinos e indígenas.²¹ En el año 2011, el entonces relator de la ONU sobre los pueblos indígenas, James Anaya, visitó la Argentina para recoger testimonios y denuncias de las comunidades. Su informe final “muestra un cuadro muy preocupante donde se subraya el impacto ambiental y cultural, la fragmentación del tejido social, la falta de consulta previa (Convenio 169 de la OIT), los desalojos violentos, las situaciones de criminalización y represión, entre otros”.²²

Las violaciones a los derechos humanos de las comunidades indígenas en Argentina se multiplican en tanto se implementa el acordado plan de reestructuración de la producción agrario-exportadora y de la megaminería y extracción de hidrocarburos. “Sólo en el NOA hay 150 activistas socioambientales judicializados. El observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI) contabilizó 347 integrantes del Pueblo Mapuche judicializados en Neuquén por defender el territorio (...) En los últimos años se sucedieron asesinatos y muertes dudosas (catalogadas como accidentes por la policía pero denunciadas como asesinatos por las organizaciones sociales): Javier Chocobar (diaguíta de Tucumán), Sandra Juárez (campesina de Santiago del Estero), Roberto López (qom de Formosa), Mario López (pilagá de Formosa), Mártires López (qom de Chaco), Cristian Ferreyra (Santiago del Estero), Miguel Galván (lule-vilela de Santiago del Estero), Celestina Jara y la beba de diez meses Lila Coyipé (ambas qom de La Primavera, Formosa),

²¹ Darío Aranda; “Los desplazados por la soja y la minería”; Página 12, Buenos Aires, 22 de febrero de 2010. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-140779-2010-02-22.html>

²² Maristella Svampa; Enrique Viale Trazar; “Continuidad y radicalización del neoextractivismo en Argentina”; Perfiles Económicos N°3, Julio 2017, pp. 87-97, ISSN 0719-756X.

Imer Flores (qom de Chaco), Juan Daniel Díaz Asijak (qom de La Primavera), Florentín Díaz (qom de Chaco).”²³

Los conflictos territoriales se integran a los ambientales. La deforestación y la contaminación por agrotóxicos y desechos industriales agrava la situación de desamparo de los pueblos originarios. Las consecuencias se evidencian en el cambio de la dinámica ambiental natural, por cuanto inundaciones, sequías, desertificación y pérdida de la biodiversidad son algunas de las que sufren de forma directa las Comunidades Indígenas y campesinas del norte del país.

La lucha de los Pueblos Indígenas es una lucha invisibilizada y repudiada por los sectores de poder y los medios de comunicación en complicidad con ellos. Dicha complicidad se evidencia fácilmente en sus discursos; la importancia en la transmisión de la información siempre será, tanto para los políticos como para los medios comunicadores, la de acentuar la gran posibilidad de “desarrollo” y “soberanía” que estos megaproyectos generan en el país. Difícilmente se observará una crítica razonada de los costos humanos y medioambientales de tales instalaciones productivas.

III. Desarrollo

En lo que atañe a la estructura del presente punto y para lograr una mejor profundidad conceptual, el mismo se dividirá en cuatro apartados. En el primero de ellos se abordará la temática del neoextractivismo, considerando los elementos esenciales para comprender dicho modelo y las consecuencias que genera sobre las distintas áreas productivas. En segundo lugar, detallaremos los derechos de los Pueblos Indígenas a sus territorios y recursos naturales según la Comisión Interamericana, así como también a los derechos de consulta y participación, comprendiendo la relación que los une con los

²³ Dario Aranda; “Tierra Arrasada. Petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del Siglo XXI”; Sudamericana; Buenos Aires; 2015; P. 19-20.

derechos económicos, sociales y culturales. El punto siguiente versará sobre las obligaciones estatales frente a estos Pueblos Indígenas en relación al respeto de sus derechos (derecho de propiedad, salud, educación, respeto cultural, etc.) y en específico en los contextos de actividades extractivas llevadas a cabo en sus territorios. Como cuarto y último, se analizarán las violaciones a los derechos humanos que implican algunas formas de proyectos extractivos y los impactos que generan en las comunidades indígenas, analizando la íntima relación que guarda la protección de esos derechos con la garantía del goce de otros derechos humanos económicos, sociales y culturales.

A. Neoextractivismo

El neoextractivismo se enmarca dentro de un período de cambio de paradigma, que toma lugar en el lapso de tiempo correspondiente a los años 2000 a 2003. En razón de una suba internacional en los precios de los productos primarios, sucedió lo que pasó a denominarse “Boom de los Commodities”.²⁴ Ello trajo aparejado un consecuente cambio de época para la región, posicionando a los países latinoamericanos dentro de un contexto de rentabilidad extraordinaria que delineó “un patrón de acumulación basado en la sobre-explotación de bienes naturales, cada vez más escasos, en gran parte no renovables (...)”²⁵, definición que utiliza Svampa para referir a dicho proceso.

Las características principales que lo definen incluyen fundamentalmente una “expansión de las fronteras de explotación de territorios antes considerados como improductivos”²⁶, con la finalidad de poder hacer frente a la alta demanda internacional

²⁴ Concepto de *commodities* en un sentido amplio, como productos indiferenciados cuyos precios se fijan internacionalmente y no requieren tecnología avanzada para su fabricación y procesamiento.

²⁵ Maristella Svampa; Enrique Viale Trazar; “Continuidad y radicalización del neoextractivismo en Argentina”; Perfiles Económicos N°3, Julio 2017, pp. 88, ISSN 0719-756X.

²⁶ Maristella Svampa; Enrique Viale Trazar; “Continuidad y radicalización del neoextractivismo en Argentina”; Perfiles Económicos N°3, Julio 2017, pp. 88, ISSN 0719-756X.

de productos primarios, los que en razón de otra característica fundamental de este modelo, se encuentran orientados a la exportación a gran escala.

El neoextractivismo se caracteriza además por la inmensa magnitud de los emprendimientos, que en su parte mayoritaria resultan de inversiones extranjeras de corporaciones transnacionales y que se constituyen como inversiones de carácter “capital-intensivo y no trabajo intensivo”; por citar un ejemplo “para el caso de la minería a gran escala, por cada millón de dólares invertido, se crean apenas entre 0,5 y 2 empleos directos”.²⁷

La dinámica territorial que implica el modelo de producción neoextractivista supone una ocupación intensiva del territorio y el acaparamiento y concentración de la tierra. Las formas de producción se relacionan íntimamente con el monocultivo y la monoproducción y la fuerte presencia de la utilización de agroquímicos, en relación al tipo de actividad extractiva de que se trate.

Es posible notar que a lo largo del trabajo se ha vislumbrado el fenómeno conocido como “Consenso de los Commodities”, cuya explicación conceptual deviene, en esta parte específica del trabajo, de utilidad para comprender con mayor profundidad la dinámica del neoextractivismo. “En el último decenio, América Latina realizó el pasaje del Consenso de Washington (...) al Consenso de los commodities”²⁸, dicho cambio de paradigma supuso un giro de una etapa característica de la valorización financiera, en conjunto con políticas de ajuste y privatización, hacia una etapa orientada a los proyectos extractivos con finalidad de exportación vinculada al concepto de progreso y a una visión productivista del desarrollo. Este Consenso se materializó de

²⁷ Maristella Svampa; “El Consenso de los Commodities. Extractivismo en América Latina”; *Le Monde Diplomatique*, edición Cono Sur; Edición de Junio de 2013/N.º 168. Disponible en: <https://www.eldiplo.org/la-trampa-de-los-recursos-naturales/el-consenso-de-los-commodities/>

²⁸ Svampa, Maristella 2012 “*Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina*” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año XIII, N° 32, noviembre. Pp 16. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20120927103642/OSAL32.pdf>

forma homogénea en los países latinoamericanos, independientemente del sesgo ideológico de cada gobierno, lo que denotó una gran flexibilidad en la disposición del rol del Estado, coexistiendo el mismo plan productivista en gobiernos de derecha como a su vez en gobiernos de izquierda. Como señala Edgardo Lander, luego de arrojar los resultados de las estadísticas sobre exportación de productos primarios desde el 2002 hasta el 2011 en América Latina, “nos encontramos con que no hay ninguna diferencia entre los países con gobiernos neoliberales como Colombia, Perú y Chile, o de los gobiernos que podrían calificarse de socialdemócratas como Argentina, Uruguay y Brasil, y los llamados gobiernos de izquierda o revolucionarios como Ecuador, Bolivia y Venezuela”. Y agrega, “(n)os encontramos en presencia (...) de un nuevo fenómeno: el neoextractivismo progresista.”²⁹

Ahora bien, si consideramos las consecuencias que ha traído la implementación de este modelo podemos observar, en primer lugar, que ha conducido a una “reprimarización de las economías”³⁰; lo que podría explicarse como una revalorización de la concepción extractivista y del rol de productores de materia prima, en el contexto de la división internacional (tradicional e histórica) del trabajo, cuyo valor agregado es escaso en relación a los bienes industrializados de importación. El peso económico-político que supone es “reformula(r) una vez más las históricas asimetrías entre el centro y la periferia” generando una “distribución desigual de los conflictos socioambientales”³¹ en el mundo.

Las actividades extractivas, que abarcan desde la expansión de fronteras para la producción sojera, forestal y pesquera, la

²⁹ Lander, Edgardo; “El Neoextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones”; Heinrich Böll Stiftung, Berlín, 13-14 de mayo de 2014; Disponible en: <https://mx.boell.org/sites/default/files/edgardolander.pdf>

³⁰ Maristella Svampa; Enrique Viale Trazar; “Continuidad y radicalización del neoextractivismo en Argentina”; Perfiles Económicos N°3, Julio 2017, pp. 87-97, ISSN 0719-756X.

³¹ Maristella Svampa; Enrique Viale Trazar; “Continuidad y radicalización del neoextractivismo en Argentina”; Perfiles Económicos N°3, Julio 2017, pp. 88, ISSN 0719-756X.

instalación de la megaminería a cielo abierto, la explotación de hidrocarburos no convencional (por fractura hidráulica o fracking), hasta las megarrepresas y el acaparamiento de tierras, generan altos perjuicios socioambientales. Por un lado, su característica de orientación a la exportación de la producción (en el caso de la agricultura) atenta contra el concepto de soberanía alimentaria. Por otro, la extensión de la frontera de productividad implica deforestación, pérdida de biodiversidad y desalojos y expulsiones de poblaciones indígena-campesinas. A todo ello se suma el impacto negativo en la salud causado por la contaminación por agroquímicos u otras sustancias utilizadas en procesos extractivos.

Desde el punto de vista social es posible advertir que genera una acentuación de la desposesión (despojo y concentración de tierras y recursos naturales) en tanto se constituye como una “dinámica vertical que irrumpe en los territorios, y a su paso va desestructurando economías regionales, destruyendo biodiversidad y profundizando de modo peligroso el proceso de acaparamiento de tierras, expulsando o desplazando comunidades rurales, campesinas o indígenas, y violentando procesos de decisión ciudadana.”³²

Según Maristella Svampa, el neoextractivismo goza de una suerte de blindaje, en tanto expone que se encuentra protegido por un “discurso irrevocable”, e insiste, “todos los gobiernos progresistas buscan justificar el extractivismo afirmando que es la vía que permite generar divisas, que luego son reorientadas a la redistribución del ingreso y al consumo interno, o bien hacia actividades con mayor contenido de valor agregado. Este discurso cuyo alcance real debería ser analizado caso por caso, busca oponer de modo reduccionista la cuestión social (la redistribución) con la cuestión ambiental, al tiempo que deja

³² Maristella Svampa; “El Consenso de los Commodities. Extractivismo en América Latina”; *Le Monde Diplomatique*, edición Cono Sur; Edición de Junio de 2013/ N.º 168. Disponible en: <https://www.eldiplo.org/la-trampa-de-los-recursos-naturales/el-consenso-de-los-commodities/>

afuera discusiones complejas y fundamentales que enlazan de modo estratégico las problemáticas del desarrollo, el ambiente y la democracia.”³³ Así, se instaura en el discurso político la imposibilidad de visibilizar una alternativa u opción de desarrollo sustentable, implicando que “todo discurso crítico u oposición radical se inscrib(a) en el campo de la antimodernidad, de la negación del progreso, del “pachamamismo”, del “ecologismo infantil”³⁴, y conllevando una negación de las consecuencias ambientales, sociales y culturales de los proyectos extractivos así como también una imposición sacrificial y productivista de la tierra.

Ello no imposibilitó que se suscitaran conflictos y resistencias por parte de grupos indígenas y ambientalistas. Sus cosmovisiones colisionan con la “visión productivista y eficiente del desarrollo, muy vinculada con la ideología del progreso y expansión de las fuerzas productivas”³⁵ y que suscribe la llamada mirada “eldoradista” acuñada por el sociólogo boliviano René Zavaleta (1986). Dicha visión se sustenta en un “mito fundante, de larga duración, ligado a la abundancia de los recursos naturales y sus ventajas (...) entendemos la visión eldoradista de los recursos naturales como una expresión regional de la actual ilusión desarrollista.”³⁶

La expansión de las fronteras del capital, en tanto aliñamiento con las directrices del neoextractivismo, implica un

³³ Maristella Svampa; “El Consenso de los Commodities. Extractivismo en América Latina”; *Le Monde Diplomatique*, edición Cono Sur; Edición de Junio de 2013/ N.º 168. Disponible en: <https://www.eldiplo.org/la-trampa-de-los-recursos-naturales/el-consenso-de-los-commodities/>

³⁴ Maristella Svampa; “El Consenso de los Commodities. Extractivismo en América Latina”; *Le Monde Diplomatique*, edición Cono Sur; Edición de Junio de 2013/ N.º 168. Disponible en: <https://www.eldiplo.org/la-trampa-de-los-recursos-naturales/el-consenso-de-los-commodities/>

³⁵ Maristella Svampa; “El Consenso de los Commodities. Extractivismo en América Latina”; *Le Monde Diplomatique*, edición Cono Sur; Edición de Junio de 2013/ N.º 168. Disponible en: <https://www.eldiplo.org/la-trampa-de-los-recursos-naturales/el-consenso-de-los-commodities/>

³⁶ Svampa, Maristella 2012 “*Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina*” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año XIII, N° 32, noviembre. Pp 26. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20120927103642/OSAL32.pdf>

proceso de “arrinconamiento de los pueblos originarios, colocados en la periferia de la periferia.”³⁷

B. Derechos de los Pueblos Indígenas

Debe notarse que durante el desarrollo de este apartado se abordarán los contenidos y alcances de los derechos indígenas según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos - OEA). La elección de esta perspectiva de análisis tiene fundamento en que la misma aporta una visión totalizadora sobre la temática, basando su interpretación en conjugación con todas las fuentes internacionales del derecho indígena. A ello es menester agregar que durante los últimos años la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido esta misma línea interpretativa, teniendo como objetivo final el de crear un “*corpus iuris* coherente”³⁸ que unifique las disposiciones e interpretaciones de los instrumentos de la órbita de la OEA (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos) con las de otros órganos y convenciones internacionales, entre los que se destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.³⁹

i. Fuentes del derecho y marco jurídico de los derechos territoriales

Si bien el sistema interamericano de derechos humanos no cuenta con ninguna normativa que expresamente refiera a

³⁷ Maristella Svampa; Enrique Viale Trazar; “*Continuidad y radicalización del neoextractivismo en Argentina*”; Perfiles Económicos N°3, Julio 2017, pp. 93, ISSN 0719-756X.

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos; “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; OEA/Ser.L/V/II.; Doc. 56/09; 30 diciembre 2009. P. 8. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

³⁹ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por medio de la resolución A/61/295, 61° período de sesiones (13 de septiembre de 2007).

los derechos territoriales que tienen los pueblos indígenas, la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre algunos artículos de la Declaración y de la Convención ha permitido extender la protección que reviste el derecho de propiedad ordinario hacia nuevas formas de protección de dicho derecho.

La citada protección al derecho territorial de los pueblos indígenas se fundamenta en los artículos XXIII⁴⁰ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 21⁴¹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Con respecto a la interpretación de estos artículos y a la luz del carácter evolutivo de interpretación de las normas y principios que rigen el derecho internacional de los derechos humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) han resuelto que el contenido de estos artículos y su alcance “protege(n) los derechos que tienen tales pueblos y sus integrantes sobre su tierra y sus recursos naturales, esto es, sobre sus territorios”⁴², en tanto dichos preceptos “reflejan principios jurídicos internacionales generales que han evolucionado en el sistema interamericano y

⁴⁰ Artículo XXIII: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.” Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

⁴¹ Artículo 21: “Derecho a la propiedad privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. // 2. 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.” Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica); suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos; “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; OEA/Ser.L/V/II.; Doc. 56/09; 30 diciembre 2009. P. 9. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

son aplicables dentro y fuera del mismo, y en esta medida son debidamente considerados en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el contexto de los pueblos indígenas”.⁴³ La misma línea interpretativa jurisprudencial de la Corte puede observarse en casos como “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” donde la misma expresó claramente que “considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana (...) para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁴⁴

Por otro lado, tanto la Comisión como la Corte han plasmado en diversas ocasiones su decisión de incluir, asimismo, dentro de las fuentes del derecho de los pueblos indígenas (además de a los tratados internacionales no pertenecientes a la órbita de la OEA) a la costumbre internacional. Para la CIDH “existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales”.⁴⁵

ii. Derecho de Propiedad indígena sobre los territorios

Los pueblos indígenas tienen derecho a la posesión, uso, ocupación y habitación de los territorios que históricamente han habitado, así como también a la delimitación y demarcación de sus territorios ancestrales que deberá culminar con la titulación de los mismos, y la cual deberá ser correspondiente a

⁴³ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 129

⁴⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 127

⁴⁵ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awás Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(d).

una porción de tierra “[de] extensión y calidad suficiente para la satisfacción de sus formas de vida”.⁴⁶

Ahora bien, es necesario, a priori, dar con la definición precisa de lo que incluye el término “pueblos indígenas” para adentrarnos en el desarrollo de sus derechos territoriales. Si bien no existe una precisa definición sobre pueblos indígenas dentro del derecho internacional, quien más se acerca a su precisión es el Convenio 169 de la OIT. El mismo establece que es imprescindible para caracterizar a los pueblos a los cuales será aplicable el Convenio, la autodeterminación de los mismos o la conciencia que tengan de su identidad indígena. El artículo 1.1.(b) del Convenio 169 de la OIT dispone que dicho tratado se aplicará “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.”⁴⁷

Por su parte, el sistema de Naciones Unidas determina como factores para conceptualizar a las poblaciones indígenas los siguientes: “(i) prioridad en el tiempo, con respecto a la ocupación y uso de un territorio específico; (ii) la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural, que puede incluir los aspectos de

⁴⁶ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 50, Recomendación 1.

⁴⁷ En la Guía de Aplicación del Convenio No. 169, la OIT explica que “los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la autoidentificación colectiva en tanto pueblo indígena.” OIT, “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pág. 9.

lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, formas e instituciones jurídicas; (iii) la autoidentificación, así como el reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, en tanto una colectividad diferenciada; y (iv) una experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, ya sea que estas condiciones persistan o no.⁴⁸ Cabe destacar que estos factores no son excluyentes, sino que sólo intentan dar una aproximación a las características, que pueden o no constituirse como tales, siempre que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha optado por no dar una definición de los mismos. Dicha Declaración advierte en su artículo 33.1 que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”.

Una vez abordado el tema que hasta aquí fue expuesto sobre la delimitación conceptual de pueblos indígenas, se desarrollará el derecho sobre los territorios que ancestralmente ocupan.

Si bien el sistema interamericano no posee una norma expresa que consagre el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios, la Corte lee en los artículos XXIII⁴⁹ de la Declaración y 21 de la Convención un amparo legal a dicho derecho de propiedad.⁵⁰

⁴⁸ ONU – Consejo Económico y Social – Comisión de Derechos Humanos – Subcomisión sobre la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías – Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas: “Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, on the concept of ‘indigenous people’”. Documento ONU E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 10 de junio de 1996, párrs. 69-70.

⁴⁹ La CIDH ha expresado que el derecho de propiedad consagrado en el art. XXIII de la Declaración Americana “debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos”; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

⁵⁰ La Corte entiende que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional

El derecho de propiedad comunitaria de la tierra que ostentan los pueblos indígenas y sus miembros no sólo incluye la superficie terrestre sino que abarca la totalidad del territorio, los recursos naturales comprendidos en su superficie y en el subsuelo.

La CIDH sostiene un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, donde el territorio es entendido como un todo inescindible.⁵¹ De esta forma quedan alcanzados tanto los espacios físicamente ocupados por las comunidades como también todos aquellos que estas utilicen para sus actividades culturales o de subsistencia, al igual que las vías de acceso a estos lugares, ya que “esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general”.⁵²

La propiedad de la tierra de los pueblos indígenas tiene carácter comunitario, lo que la distingue del derecho tradicional de propiedad privada. La titularidad de dicho derecho es

que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 143.

⁵¹ La Corte Interamericana ha explicado en este sentido que “...el alcance del ‘respeto’ al derecho al territorio de los miembros [de un pueblo indígena o tribal] [no se limita] a, únicamente, sus ‘aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas’. Dicha limitación no tiene en cuenta la relación que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con el territorio en su conjunto y no sólo con sus aldeas, asentamientos y parcelas agrícolas” [Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 114].

⁵² CIDH, Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 160. - En palabras de la Corte, “el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural”; CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(h). - “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines”; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 129.

ostentada por el pueblo correspondiente como una comunidad. El derecho colectivo de propiedad implica que su ejercicio es llevado a cabo por la comunidad entera, es decir, por la comunidad como un todo.⁵³

Si bien la Corte ha delimitado una diferenciación entre este tipo de propiedad comunitaria y el tipo tradicional de propiedad individual, otorga igual protección a ambas bajo el art. 21 de la Convención, en el “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” la misma expuso que “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 del artículo 21 de la Convención para millones de personas”.⁵⁴ Esta dimensión colectiva que el derecho de propiedad indígena

⁵³ La Corte Interamericana ha notado que “entre los indígenas 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”; Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. - Por su parte, la CIDH ha explicado que los derechos y libertades indígenas frecuentemente se ejercen y gozan en forma colectiva, en el sentido de que sólo pueden ser debidamente asegurados a través de su garantía a una comunidad indígena como un todo; CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 113. CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128. CIDH, Resolución No. 12/85, Caso 7615, Pueblo Yanomami (Brasil), 5 de marzo de 1985. La CIDH ha subrayado que “al interpretar la Declaración Americana [de los Derechos y Deberes del Hombre] en el sentido de que salvaguarda la integridad, supervivencia y cultura de los pueblos indígenas mediante una protección efectiva de sus derechos humanos individuales y colectivos, la Comisión está respetando los propósitos mismos en que se funda la Declaración que, como lo expresa su Preámbulo, incluyen el reconocimiento de que ‘es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu’”. [CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 131].

⁵⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120. Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 87.

de la tierra conlleva implica un elemento fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales.⁵⁵

En lo que atañe al reconocimiento y propiedad de la tierra de las comunidades, es jurisprudencia de la Corte que no tiene implicancia alguna el reconocimiento oficial del Estado, puesto que el requisito para dicho reconocimiento, aunque no excluyente, está dado por el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos que realizaron los pueblos indígenas sobre sus territorios; a su respecto aclara la Corte que los territorios de los pueblos indígenas y tribales “les pertenecen por su uso u ocupación ancestral”⁵⁶, y que “[c]omo producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”.⁵⁷ Sin embargo, la posesión no es requisito formal para que se constituya el derecho de propiedad de la tierra, puesto que en los casos en los cuales las comunidades hayan perdido la posesión de los territorios que hubieren ocupado ancestralmente, estas mantienen sus derechos de propiedad, y son consecuentemente titulares del derecho a recuperarlas.⁵⁸

Cuando el Estado otorga titulaciones o delimita territorios para su afectación a regímenes de propiedad comunitaria no

⁵⁵ “[La] conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas”; CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

⁵⁶ CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 231.

⁵⁷ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 151. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 127.

⁵⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

otorga un derecho nuevo⁵⁹, únicamente reconoce uno ya existente, y cuya existencia está dada por su uso consuetudinario.⁶⁰

Otra cuestión que la CIDH ha aclarado respecto al derecho de propiedad de la tierra es que si bien la tenencia debe estar ligada a una continuidad histórica esta no debe ser necesariamente circunscripta a un solo lugar, ni a una ubicación específica de los asentamientos, puesto que a lo largo de los siglos fueron factibles movilizaciones de las poblaciones indígenas, y por ello “[la] ubicación específica de los asentamientos dentro del territorio ancestral no es determinante de la existencia de los derechos; puede haber movimientos en los lugares de asentamiento a lo largo de la historia, sin que se afecte la protección por la Convención Americana a los derechos de propiedad”.⁶¹

⁵⁹ La existencia del derecho aún sin el reconocimiento estatal o la posesión de título formal alguno, implica que las acciones de reconocimiento oficial “deben ser consideradas no como meras transferencias sino como procesos de otorgamiento de prueba para que las comunidades pudiesen acreditar su dominio anterior, y no como el otorgamiento de nuevos derechos”; CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, Capítulo X, párr. 19.

⁶⁰ El ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales no está condicionado a su reconocimiento expreso por el Estado, y la existencia de un título formal de propiedad no es requisito para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena bajo el artículo 21 de la Convención [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128]. La disociación entre el derecho consuetudinario de propiedad indígena y la existencia o no de un título formal de propiedad implica que el acto de titulación por parte de los Estados es un acto de reconocimiento y protección oficiales, que no es constitutivo, de derechos. Consecuentemente, la posesión y uso consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser el criterio rector en la identificación y garantía de estos derechos a través de la titulación.

⁶¹ Así, la CIDH alegó ante la Corte Interamericana en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua* que los movimientos históricos de los asentamientos dentro del territorio ancestral no afectaban la existencia o titularidad de los derechos territoriales de la comunidad: “la mayoría de los pobladores de Awas Tingni llegaron en la década de 1940 al lugar en donde actualmente tienen su asentamiento principal, provenientes de su lugar ancestral antiguo: Tuburús. Se dio un movimiento de un lugar a otro dentro de su territorio ancestral; los ancestros Mayagnas estuvieron ahí desde tiempos inmemoriales” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. Caso

iii. Derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales y la utilización del territorio

El derecho territorial de los pueblos indígenas incluye el reconocimiento del derecho de controlar, usar y gozar de sus territorios y los recursos naturales que en ellos se encuentren, con las modalidades o formas “dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo”.⁶² Así, su relación tradicional con el territorio “puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”.⁶³ Estos modos de uso del territorio están protegidos por el derecho a la propiedad.⁶⁴

Los sistemas tradicionales de control y uso del territorio “son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas”, toda vez que el control sobre la tierra se refiere “a su capacidad de brindarle recursos para el sustento” al pueblo correspondiente, así como “al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo”.⁶⁵

de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(h)].

⁶² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120.

⁶³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131.

⁶⁴ No existe sólo una forma de usar y disfrutar de los bienes protegida por la Declaración Americana o la Convención Americana; tanto la propiedad como la posesión de los territorios por los pueblos indígenas y tribales pueden diferir de la concepción clásica de dominio, y en tal sentido son protegidas por el derecho a la propiedad. [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120]

⁶⁵ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

Como ya se ha mencionado, el sistema interamericano conjuga reglas de todo el espectro del derecho internacional, y haciendo eco de ello, ha respaldado parte de su jurisprudencia en materia de utilización del territorio y recursos naturales en normativa del Convenio 169 de la OIT⁶⁶, o a su vez, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 27 establece el derecho de las personas pertenecientes a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, en conformidad con otros miembros del grupo.⁶⁷

También ha establecido la CIDH que el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la posesión de las tierras ancestrales se vincula directamente con el derecho de las personas indígenas a la identidad cultural, en la medida en que la cultura es una forma de vida intrínsecamente vinculada al territorio propio.⁶⁸

El uso y goce del territorio comprende el derecho de propiedad sobre los recursos naturales que se encuentran dentro

⁶⁶ El Convenio 169 de la OIT establece que es deber estatal el de “salvaguardar el derecho de los pueblos [indígenas] a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, prestando particular atención a los casos de los pueblos nómadas y los agricultores itinerantes”. Convenio 169, artículo 14.1.

⁶⁷ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97. El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha explicado que “la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas” [Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Los derechos de las minorías (Artículo 27 del PIDCP), 08/04/94, Doc. ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add.5, párrafo 7; citado en CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97].

⁶⁸ Los Estados están obligados a adoptar “medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de ese interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de [igualdad] y previa una justa compensación” CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 131. “El derecho a la cultura incluye formas y modalidades distintivas de usar los territorios tales como las actividades tradicionales de pesca, caza y recolección en tanto elementos esenciales de la cultura indígena”. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 140.

y sobre los territorios, es decir, aquellos que tradicionalmente utilizan para su subsistencia y desarrollo, pero que también incluye tanto los usos de carácter cultural y espiritual o ceremonial. Para la Corte Interamericana, “el derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo (...) poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia”.⁶⁹

Cuando se hace referencia a la importancia que la propiedad sobre los recursos naturales implica para la supervivencia de los pueblos indígenas, no sólo se está haciendo referencia directa a las actividades económico-productivas mediante las cuales estas comunidades se desarrollan (caza, pesca, agricultura, etc.), sino que también compromete la continuación de la vida de los pueblos como tales, es decir, su idiosincrasia. “[L]a cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.⁷⁰

En palabras de la Corte, “los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”.⁷¹ Por ello la Corte

⁶⁹ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 118-141.

⁷⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 135.

⁷¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137. Corte IDH. Caso

destaca la importancia que reviste la protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales, aseverando que “el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados”.⁷²

iv. Derecho de consulta y participación

Como correlato de los derechos de propiedad territorial, existe en cabeza de las comunidades indígenas otro derecho que se relaciona íntimamente con aquel; es el derecho a ser consultados y a participar sobre las decisiones que tomen terceros (el Estado y/o particulares, mayoritariamente empresas) sobre sus territorios ancestrales, o las que indirectamente se relacionen con sus territorios o sus modalidades de vida en general. Este derecho tiene, como es de esperarse, una fuerte carga de obligación para con los Estados y/o particulares, que deben satisfacer este requisito legal a la hora de realizar cualquier actividad, sea productiva o no, que involucre a los pueblos indígenas y/o sus territorios.

La CIDH imprime al respecto, “[l]os Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios”⁷³, siendo de especial importancia y consideración la relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales.⁷⁴

Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118.

⁷² Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 120, 121.

⁷³ CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1058.

⁷⁴ CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1071.

La consulta debe perseguir la finalidad de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, pero con la particularidad de que éste, obligatoriamente, debe ser libre e informado⁷⁵, según lo dispone la CIDH y en consonancia con lo que dispone el Convenio 169 de la OIT⁷⁶ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁷⁷

La mencionada consulta y el consentimiento incluyen, como se ha advertido, todo tipo de actividad, sea esta de carácter extractivo o no, que afecte los derechos de propiedad indígenas, así como también toda actividad administrativa o legislativa que realicen los Estados y que genere un impacto directo o indirecto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.⁷⁸ Como el respeto de la cosmovisión indígena es de suma importancia

⁷⁵ CIDH, Informe de Seguimiento – Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser/L/V/II.135, Doc. 40, 7 de agosto de 2009, párr. 158.

⁷⁶ El Convenio No. 169 de la OIT obliga a los Estados a consultar con los pueblos indígenas, de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento, sobre asuntos que les afectan en distintos contextos; ver los arts. 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3 y 28 del Convenio.

⁷⁷ Ver, entre otros, los artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 de la Declaración de la ONU.

⁷⁸ El Relator Especial de las Naciones Unidas ha formulado la obligación general en los términos siguientes: “De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y con el Convenio No. 169 de la OIT, los Estados tienen el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos especiales y diferenciados sobre los asuntos que les conciernen, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Basado en el entendimiento de la marginación relativa y las condiciones desfavorables de los pueblos indígenas en relación con los procesos democráticos normales, este deber dimana del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios de soberanía popular y de gobierno por consentimiento y es un corolario de los principios conexos de derechos humanos. // El deber de celebrar consultas se aplica siempre que una decisión legislativa o administrativa pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por la población general del Estado, y en tales casos el deber se aplica en relación con los pueblos indígenas que se ven particularmente afectados y respecto de esos intereses particulares. El deber de celebrar consultas no solo se aplica cuando la medida propuesta se refiere a derechos sustantivos ya reconocidos en el derecho interno, como los derechos relativos a las tierras”. ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las

para la CIDH y la Corte, en correlato con el artículo 23⁷⁹ de la Convención Americana (que garantiza los derechos políticos y la participación ciudadana en la toma de decisiones políticas), la Corte ha interpretado que “el derecho a la participación política incluye el derecho a “participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos...desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”.⁸⁰

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones.⁸¹ Es por ello que todas aquellas decisiones administrativas que tengan como consecuencia una alteración jurídica o de cualquier índole en los derechos o intereses de las comunidades indígenas sobre sus territorios deben basarse en un proceso de participación plena, como salvaguarda de dicha cultura que quiere preservarse.⁸²

libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrs. 62-63.

⁷⁹ “Artículo 23: Derechos Políticos / 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) [...]” [Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica)]; suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.]

⁸⁰ Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 225.

⁸¹ CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050.

⁸² Es doctrina de la CIDH que “los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto; esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente”. CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

Ahora bien, estos procesos de consulta, consentimiento y participación revisten una importancia esencial en el contexto de proyectos o concesiones de implementación extractiva de recursos naturales o del suelo en los territorios de propiedad indígena; en tanto aquellos proyectos son susceptibles de generar consecuencias en y sobre sus formas de vida. De allí que para la aprobación de planes o proyectos de inversión o desarrollo de los recursos naturales sea requisito anterior el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas que habiten el territorio, quienes participarán en el proceso de consulta a través de sus propias instituciones y formas de organización. Y cuando se hace referencia a las formas propias de organización, se refiere a que la consulta, como proceso de diálogo y negociación, no reviste el carácter de singular, sino que involucra a la comunidad en su totalidad, en tanto afecta a los miembros individuales de dichos pueblos.

Por otro lado, el proceso de consulta debe basarse en la buena fe de las partes, y por ende “propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños”.⁸³

En cuanto al momento en que debe comenzar la consulta, negociación y participación conjunta en los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales, esta debe realizarse desde que se realiza la evaluación misma del otorgamiento de la concesión: los Estados deben garantizar, de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado (con la finalidad de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones), a través de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación

⁸³ CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes.⁸⁴

v. Derechos territoriales como eje principal para el goce de otros derechos humanos

La satisfacción del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre los territorios ancestrales implica un derecho de esencial importancia para el goce de otros derechos humanos. Podría decirse que sin su satisfacción no sería posible satisfacer otros derechos que se encuentran íntimamente relacionados con este, en razón de la idiosincrasia de los pueblos indígenas y de su especial relación con la tierra. De hecho, la posesión y el efectivo uso y goce del territorio tradicionalmente ocupado por las comunidades, implica la posibilidad de desenvolverse como cultura, de satisfacer sus necesidades de consumo y en general de realizar las diversas actividades que forman parte de su forma de vida.

Este apartado implica un punto de cohesión importante en el desarrollo del trabajo, puesto que aquí puede observarse como el derecho de propiedad comunitaria se relaciona directamente con los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, y su coexistencia e interrelación.

A su respecto, observaremos como la Corte y la CIDH han puesto de manifiesto la interconexión existente entre el derecho de propiedad comunitaria de la tierra y los derechos a una vida digna, a la alimentación, a la salud, a la educación, a la cultura, los derechos laborales y los derechos económicos y sociales. Es doctrina de la CIDH que el impedimento al acceso a la tierra y los recursos naturales es causa directa del empobrecimiento de las comunidades e imposibilita el desarrollo de su cultura.⁸⁵

⁸⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 147.

⁸⁵ “[L]a falta de titulación, delimitación, demarcación y posesión de los territorios ancestrales, al impedir o dificultar el acceso de los pueblos indígenas y tribales a la tierra y los

Es doctrina de la Corte que “los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica”.⁸⁶ Para la CIDH, la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que “el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales”.⁸⁷ En esa misma línea, se arriba a concluir que dicha relación especial con el territorio es fundamental para la subsistencia del grupo y, por sobre todo, para su integridad cultural⁸⁸, en tanto

recursos naturales, se vincula directamente y en tanto causa situaciones de pobreza y extrema pobreza entre familias, comunidades y pueblos”, CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076 1080. - Cuando los Estados no garantizan el derecho de propiedad territorial de las comunidades indígenas y sus miembros, ello implica una privación “no sólo de la posesión material de su territorio sino además de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”, CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(j).

⁸⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 91. La Corte Interamericana ha reiterado que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica” [Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149].

⁸⁷ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 116. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

⁸⁸ Los conceptos de familia y de religión se conectan íntimamente con el territorio tradicional, en donde los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los patrones de parentesco se vinculan a la ocupación y uso de sus territorios físicos [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155]. Por ello, al ser el territorio y los recursos naturales elementos integrantes de la cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia de los pueblos indígenas y tribales, forman parte intrínseca del derecho de las personas que

que, como enfatiza la CIDH, “la sociedad indígena se estructura en base a su relación profunda con la tierra”⁸⁹, toda vez que la importancia reside en que “la tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y del enlace del grupo”⁹⁰ (supervivencia cultural, mantenimiento de la integridad comunitaria).

Cuando nos referimos a la supervivencia cultural como bien jurídico protegido, la referencia es directa a las formas de transmisión de la cultura, puesto que la posesión y el uso y goce de los territorios son el factor determinante para esta transmisión de saberes, costumbres y vivencias culturales. En este sentido la Corte Interamericana ha señalado que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.⁹¹ La pérdida de la posesión de la tierra acarrea consigo

los conforman a la identidad cultural [CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1054].

⁸⁹ CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, Capítulo XI, párr. 56.

⁹⁰ CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 16.

⁹¹ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85. - “[L]a garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

el impedimento de transmisión de su patrimonio cultural inmaterial, que se haya imperiosamente ligado al ejercicio pleno del derecho de propiedad, siempre que la tierra se encuentra íntimamente relacionada con sus tradiciones, expresiones orales, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos, derecho consuetudinario, vestimenta, filosofía y valores, entre otros.

En lo que respecta al derecho a la vida digna, este se encuentra intensamente relacionado con la propiedad comunitaria de la tierra, en tanto su violación, como expone la CIDH crea circunstancias típicas de pobreza; las cuales consecuentemente desencadenan violaciones transversales de los derechos humanos, como son las violaciones “a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños”.⁹² La consecuencia directa de la privación de la posesión y uso de las tierras y los recursos naturales es la producción de condiciones de miseria para las comunidades, las cuales se ven impedidas de utilizar los bienes necesarios para su subsistencia, o de realizar sus actividades económico-productivas, como la caza, la pesca, la recolección o la agricultura, o hasta de acceder a sus sistemas tradicionales de salud, implicando todo ello en mayores índices de mortalidad y desnutrición infantil, y mayor vulnerabilidad a enfermedades y epidemias.⁹³

⁹² CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrs. 1076 1080. CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párrs. 44 48.

⁹³ La falta de garantía por el Estado del derecho al territorio ancestral de las comunidades indígenas puede implicar incumplimiento del deber de garantizar la vida de sus miembros; tal fue el caso de la comunidad Yakye Axa: “el Estado, al no garantizar el derecho de la comunidad a su territorio ancestral, ha incumplido el deber de garantizar la vida de sus miembros, ya que ha privado a la comunidad de sus medios de subsistencia tradicionales, obligándola durante años a sobrevivir en condiciones deplorables y dejándola a merced de acciones de asistencia estatal”. [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 157(b).]

El derecho a la vida digna⁹⁴, en tanto derecho fundamental cuyo goce pleno es prerequisite para el disfrute de todos los restantes derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, genera en cabeza del Estado la responsabilidad de generar condiciones de vida dignas, de no producir condiciones que obstaculicen la dignidad mínima de las personas, y de adoptar medidas positivas para satisfacer el derecho a la vida digna en situaciones de vulnerabilidad y riesgo.⁹⁵

En lo que respecta al derecho a la salud, como se ha señalado, las comunidades indígenas dependen de los recursos naturales y del suelo para “la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades”⁹⁶, siendo nuevamente el uso y goce de sus territorios de esencial importancia para la satisfacción de este derecho.⁹⁷

⁹⁴ El derecho a la vida digna “comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”, Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 161. Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128. Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156. Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 152. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

⁹⁵ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 159.

⁹⁶ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 168.

⁹⁷ “La Corte Interamericana ha retomado lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, según el cual “los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales (...). // Para las comunidades indígenas, la salud del individuo se

En suma, la privación del derecho a la propiedad de la tierra y los recursos naturales genera una multiplicidad de violaciones de derechos humanos económicos, sociales y culturales, que la Corte subraya de la siguiente manera: “las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso a agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”⁹⁸, identidad cultural que se define por la posesión, uso y goce mismo de los territorios ancestrales y los recursos, constituyendo su forma de vida particular.⁹⁹ La falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria, por lo tanto, perjudica la preservación de las formas de vida, costumbres e idioma de las comunidades indígenas y tribales.

Disponer la pérdida del territorio ancestral implica impeler a los pueblos indígenas a asimilarse con las sociedades occidentales modernas, mediando la pérdida de su identidad. La Corte imprime al respecto de manera cabal que “la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable,

suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que (...) la (...) pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre la salud de esas poblaciones”¹⁰⁰. [Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, Observación General 14, párr. 27, citada en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 166].

⁹⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 167.

⁹⁹ Sólo por citar uno de los tantos ejemplos que pudieren darse, “los cementerios ancestrales, los lugares de significado e importancia religiosos y los sitios ceremoniales o rituales vinculados a la ocupación y uso de sus territorios físicos constituyen un elemento intrínseco del derecho a la identidad cultural”, CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155.

con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía”¹⁰⁰. Esta pérdida de identidad cultural, en consecuencia de la falta de acceso a la tierra ancestral, surte un impacto inmediato en los niños y niñas indígenas, quienes se ven privados de su derecho a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma, que se encuentra garantizado por la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 30), y en consonancia con el artículo 19 de la Convención Americana.¹⁰¹

Los derechos laborales de los integrantes de los pueblos indígenas son igualmente vulnerados, toda vez que la pérdida de los territorios ancestrales implica la privación del acceso a las actividades tradicionales de subsistencia que las comunidades realizan. Ello expone a los miembros de los grupos a situaciones de explotación laboral (jornadas laborales excesivas, violencia, intimidación, entre otros), trabajo forzado o hasta la servidumbre por deudas en muchos casos, que constituyen formas contemporáneas de esclavitud;¹⁰² arrastrándolos a soportar malas condiciones de trabajo, salarios bajos y ausencia de seguridad social.¹⁰³

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 216

¹⁰¹ En ese sentido, la Corte considera que “la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los prejuicios derivados de la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos”, Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párrs. 261-263 [notas al pie omitidas].

¹⁰² CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párrs. 35, 37, 40. CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párrs. 257-268, 297 – Recomendación 8.

¹⁰³ Los resultados del informe de la Comisión sobre la situación del pueblo indígena Guaraní en el Chaco de Bolivia son los siguientes: la CIDH “constata la existencia de servidumbre por

C. Obligaciones estatales frente a los Pueblos Indígenas

En este apartado se desarrollarán las obligaciones que recaen sobre los Estados en relación a la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas. Primeramente, se abordarán las obligaciones generales que los Estados tienen para con los pueblos indígenas, en segundo término abordaremos las obligaciones que también generan responsabilidad internacional a los Estados Parte en conexión con las violaciones de derechos humanos entre particulares. Por último, se tratará la obligación que tienen los Estados de respetar determinadas garantías específicas a los pueblos indígenas en el contexto de actividades de extracción, explotación o desarrollo.

i. Obligaciones generales de los Estados

En lo que atañe a la responsabilidad de los Estados parte del sistema de protección de derechos humanos de la OEA, adherentes a la Convención Americana, podemos encontrar como obligación general primera la de respetar el artículo 1.1¹⁰⁴

deudas y trabajo forzoso los cuales son prácticas que constituyen formas contemporáneas de esclavitud. Sin lugar a duda, familias y comunidades guaraníes viven sometidas a un régimen laboral en donde no tienen el derecho de definir las condiciones de empleo, tal como las horas de trabajo y el salario; trabajan jornadas laborales excesivas por un pago ínfimo, lo que contraviene la normativa laboral nacional; y además viven bajo amenaza de violencia, lo que también conduce a una situación de temor y absoluta dependencia del empleador. La Comisión resalta la importancia del hecho de que se trata de individuos, familias o comunidades pertenecientes a un pueblo indígena, que se encuentran en esa condición deplorable debido a la pérdida involuntaria de sus tierras ancestrales, como producto de acciones y políticas emprendidas por el Estado a lo largo de más de un siglo, y que en la actualidad ven imposibilitado el goce de sus derechos fundamentales, como pueblo indígena, con respecto a sus derechos a la propiedad comunal colectiva, acceso a justicia, a una vida digna y al desarrollo de su propio autogobierno y sus propias instituciones sociales, culturales y políticas”, CIDH. Comunidades cautivas: Situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II.I, Doc. 58, 24 de diciembre de 2009, párr. 166.

¹⁰⁴ “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos / 1. Los estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos

de la Convención. El mismo impone la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción del Estado, así como también la de no discriminación (sea esta de cualquier índole).

En adición, reviste carácter de suma importancia el artículo 2¹⁰⁵ de la Convención, en tanto este establece la obligación general de adecuar el ordenamiento interno a las normas de la Convención Americana. La importancia antes mencionada recae en el llamado principio de *effet utile*¹⁰⁶ que consagra dicho artículo. En razón del nombrado principio, cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones contenidas en la Convención, con la finalidad de garantizar los derechos contenidos en ella, dotándolos de efectividad. Lo que este deber implica para los Estados es la supresión de normas y prácticas que supongan violaciones a las garantías previstas por la Convención, y, por otro lado, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas que conduzcan a la efectiva observancia de dichas garantías.

Cuando fue turno de la CIDH de analizar esta obligación estatal en relación a los derechos de los pueblos indígenas, la

de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...]” [Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica)]; suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969].

¹⁰⁵ “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. [Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica)]; suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969].

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87; y Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 179.

misma destacó que la legislación jurídicamente favorable “por sí sola no puede garantizar los derechos de estos pueblos”¹⁰⁷, y prosiguió aseverando que un marco jurídico favorable “no es suficiente para la debida protección de sus derechos si no está acompañad[o] de políticas y acciones estatales que velen por la aplicación y cumplimiento efectivo de las normas a las que el propio Estado soberanamente se ha obligado”¹⁰⁸, como son la inclusión de “medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones”¹⁰⁹, o también la aplicación de “mecanismos adecuados de control y seguimiento para monitorear el desempeño de las autoridades estatales y asegurar, así, el disfrute efectivo de los derechos y garantías”.¹¹⁰

Por su parte, la Corte ha insistido en que es obligación de los Estados la de garantizar “la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹¹¹, en razón de que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que las normas de derecho interno sean

¹⁰⁷ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Sawhoyamaya v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 113(b).

¹⁰⁸ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(b). Ver también: CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala. Doc. OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev., 6 de abril de 2001, párr. 36. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 28.

¹⁰⁹ CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 13.

¹¹⁰ CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 3.

¹¹¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 167. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 142.

implementadas y aplicadas en la práctica. Es también jurisprudencia de la Corte que los pueblos indígenas deben ostentar una protección especial en razón de la mayor vulnerabilidad de estos grupos, por las condiciones de marginación y discriminación históricas que han sufrido.¹¹²

ii. Obligaciones estatales de derechos humanos entre particulares

Como es de notorio conocimiento, la realidad demuestra que a nivel regional, gran parte de los proyectos de naturaleza extractiva, de explotación o desarrollo tienen lugar en tierras tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas, en razón de los recursos naturales que las mismas albergan o por la ubicación estratégica en la cual se posicionan. También es sabido que muchas de estas actividades no son llevadas a cabo siempre por los Estados, sino que revisten a veces inversiones de carácter mixto (público-privado) o son llevadas a cabo por terceros (empresas privadas). Sin embargo, el sistema interamericano de protección de derechos humanos ha reconocido, en múltiples ocasiones y en determinadas circunstancias, que los actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros pueden generar responsabilidad internacional del Estado Parte y serles atribuibles.

La regla general que sostiene la Corte importa que “es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial [...]”; aunque, siguiendo la línea que se presenta, “no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos

¹¹² CIDH, Observaciones preliminares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre su visita a Honduras realizada del 15 al 18 de mayo de 2010. Doc. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 3 de junio de 2010. Parr. 26, Recomendación No. 11.

derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.¹¹³

Ahora bien, la fundamentación de dicha responsabilidad tiene asidero en que “[l]as obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”¹¹⁴, como explica con sus palabras la Corte. Empero, ello no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a los actos o hechos de particulares, sino que se relaciona con las obligaciones que los Estados tienen de adoptar medidas de prevención y protección de derechos humanos en las relaciones entre los particulares, cuando estos tuvieren “conocimiento de una determinada situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”.¹¹⁵

Encuadrando con lo hasta aquí expuesto, la doctrina del sistema de protección de derechos humanos de la ONU (Comité de Derechos Humanos, encargado de evaluar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), ha señalado

¹¹³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. párr. 172; y Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5. párrs. 181, 182 y 187.

¹¹⁴ Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134. párrs. 111 y 112.

¹¹⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. párr. 123.

que: “las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas”.¹¹⁶ En consonancia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha adoptado la misma postura.¹¹⁷

iii. Obligaciones específicas de los Estados y garantías de los pueblos indígenas en el contexto de actividades de extracción, explotación o desarrollo

Si bien la CIDH advierte la importancia que el desarrollo económico reviste para la prosperidad de los pueblos americanos, toda vez que “reconoce que el derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo [el otorgamiento] de concesiones y la apertura a inversiones internacionales”¹¹⁸, sostiene, de todas formas que “las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos

¹¹⁶ ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 26 de mayo de 2004. párr.8.

¹¹⁷ Por ejemplo, en su Observación General No. 12 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó que “[...]la obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada”. Véase ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 12: Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11). U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999). párr. 15.

¹¹⁸ CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Capítulo VIII. OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997.

humanos de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas”.¹¹⁹

Es factible observar que, de esta forma, el sistema interamericano no desalienta el desarrollo económico de los Estados Parte, lo cual no significa que por ello no establezca las condiciones que deban ser respetadas y garantizadas en los procesos de explotación o desarrollo. Condiciones que tienen por objetivo salvaguardar los derechos de la comunidad en su totalidad, como ser el derecho medioambiental, pero que son de extrema relevancia para el caso de las comunidades indígenas.¹²⁰

Cuando son los Estados los que implementan proyectos extractivos o de explotación, los Estados tienen obligaciones directas de respetar los derechos humanos de los actores involucrados (véase en el caso que nos atañe, los pueblos indígenas); pero, como ya se ha visto, cuando son terceros los que realizan tales actividades, los Estados también tienen obligaciones específicas que cumplir.

Dichas obligaciones específicas (aplicables a la generalidad de los casos y no únicamente para el de los territorios de propiedad comunal indígena) que tiene los Estados Parte en el contexto de actividades de extracción, explotación o desarrollo son, según la CIDH las siguientes: (i) el deber de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo, (ii) el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos, (iii) la obligación de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales, (iv) el deber de garantizar mecanismos de

¹¹⁹ CIDH. Comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo (Belice), Informe de Fondo No. 40/04, Caso 12.053, 12 de octubre de 2004. párr. 150.

¹²⁰ CIDH. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Capítulo VIII. OEA/SerieL/V/II.96, doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997. En similar sentido, la Declaración de Principios de la Cumbre de las Américas señala que “El progreso social y la prosperidad económica solo se pueden mantener si nuestros pueblos viven en un entorno saludable y nuestros ecosistemas y recursos naturales se utilizan cuidadosamente y de manera responsable”. Primera Cumbre de las Américas. Declaración de Principios: Pacto para el Desarrollo y la Prosperidad: Democracia, Libre Comercio y Desarrollo Sostenible en las Américas. Miami, Florida, 9 al 11 de diciembre de 1994.

participación efectiva y acceso a la información, (v) el deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia, y (vi) el deber de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos en estos contextos.¹²¹

En adición a las mencionadas pautas que establece la CIDH en relación a las obligaciones estatales en contextos de las referidas actividades, de forma específica establece también un conjunto de requisitos que deben ser cumplidos por los Estados “[a] los efectos de otorgar concesiones extractivas o de realizar planes y proyectos de desarrollo, explotación y extracción que afecten los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, la Corte Interamericana ha identificado tres condiciones obligatorias que se aplican cuando los Estados contemplen aprobar tales planes o proyectos: (a) el cumplimiento del derecho internacional sobre la expropiación, tal y como se refleja en el artículo 21 de la Convención Americana; (b) no aprobación de cualquier proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural del grupo; y (c) aprobación sólo después de asegurar su participación efectiva —incluyendo, cuando sea aplicable, el consentimiento— de un estudio previo de impacto ambiental y social realizado con participación indígena, y con participación razonable en los beneficios”.¹²²

A su vez, la CIDH estableció determinadas garantías que ostentan los pueblos indígenas en el contexto de actividades extractivas o de explotación realizadas en sus territorios ancestrales. Estas garantías deben ser respetadas por los Estados Parte, que deben asegurar su cumplimiento aun cuando las actividades productivas estén dirigidas por particulares. La primera de ellas

¹²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos; “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15 31 diciembre 2015; párr. 65; Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>

¹²² CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009, párr. 225.

es el (a) Deber de asegurar que las restricciones al uso y goce de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas no impliquen una denegación de su supervivencia física y cultural.¹²³ La segunda garantía es la de (b) Participación efectiva, estudios de impacto socio ambiental y beneficios compartidos. Esta garantía incluye el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado de los pueblos afectados; así como también la realización de un estudio previo de impacto social y ambiental, llevado a cabo por “entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado”¹²⁴ que responde a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos”.¹²⁵ Por otra parte, esta garantía también incumbe el derecho a la participación razonable en los beneficios del proyecto, que implica la implementación de “mecanismos de participación en los beneficios del proyecto a favor de las comunidades o pueblos afectados por la extracción de recursos naturales o los planes o proyectos de desarrollo o extracción”.¹²⁶

¹²³ Ello implica que “el otorgamiento de la concesión no afecte la supervivencia del pueblo indígena o tribal de conformidad con sus modos ancestrales de vida”. En términos de la Corte Interamericana, “otro factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. párr. 128 y Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 156.

¹²⁴ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 129. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. párr. 205.

¹²⁵ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 40. CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 254.

¹²⁶ CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 2009. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, Recomendaciones 5 y 6; CIDH, Acceso a la Justicia

D. Violaciones a los derechos humanos e impacto en el pleno goce de los DESC de los Pueblos Indígenas en contextos de actividades extractivas, de explotación y desarrollo

A lo largo de este apartado se desarrollarán los impactos negativos y las violaciones de derechos humanos que en la realidad existen en los contextos de actividades extractivas, de explotación o desarrollo, perpetuados por los Estados y/o por los particulares a cargo de dichas actividades. Esta problemática ha instado a la CIDH, en virtud de la preocupante situación de los pueblos americanos, a la realización de una evaluación exhaustiva sobre estos impactos sociales, culturales y medioambientales. Como finalidad, se intentará generar un mayor acercamiento a la problemática de los derechos de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, mediante la ilustración de casos puntuales y la exposición de resultados estadísticos recogidos por la Comisión en el escenario de las violaciones de derechos humanos de estos pueblos. Los datos reunidos han llegado a CIDH por medio de distintos mecanismos, como son casos contenciosos, medidas cautelares, audiencias públicas, visitas oficiales realizadas por la Comisión seguidas de informes de país o comunicados de prensa, entre otros; y que han permitido a numerosos pueblos indígenas dar a conocer las afectaciones de sus derechos como consecuencia de la implementación de proyectos de esta naturaleza.

En uno de sus últimos informes sobre los Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, la CIDH ha afirmado que: “Los megaproyectos de infraestructura o desarrollo, tales como carreteras, canales, represas, puertos o afines, así como las concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestrales, pueden afectar a las poblaciones indígenas con consecuencias particularmente graves, ya que ponen en peligro sus

e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248 y 297, Recomendaciones 5 y 6.

territorios y los ecosistemas que allí se encuentran, por lo cual representan un peligro mortal para su supervivencia en tanto pueblos, especialmente en los casos en que la fragilidad ecológica de sus territorios coincide con su debilidad demográfica”¹²⁷, lo que no hace más que demostrar como las violaciones de sus derechos generan un escenario que profundiza la situación de desprotección y pobreza extrema en la que se encuentran muchas comunidades, y que data de un largo recorrido histórico.

Los impactos que causan las actividades mineras, madereras y petroleras, entre otras, fueron individualizados por la CIDH en, principalmente, la disminución de la cantidad y calidad de fuentes de agua, el empobrecimiento de suelos agrícolas, la alteración de los sistemas de producción propios, la disminución de la pesca, fauna, flora y biodiversidad en general, y la afectación al equilibrio que constituye la base de la reproducción étnica y cultural de los pueblos indígenas. Siendo de especial preocupación para la misma que, “en ocasiones, las concesiones o proyectos se superponen a casi la integralidad del territorio ancestral de los pueblos indígenas”¹²⁸ y, “que [los mismos] son autorizados en abierta contravención con la concepción de desarrollo propia de estos pueblos”.¹²⁹

Por otra parte, la CIDH ha tomado conocimiento, por medio de constantes denuncias de los pueblos originarios y/o

¹²⁷ CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009. párr. 205.

¹²⁸ CIDH. Audiencia sobre el derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú, 153° Período Ordinario de Sesiones, 31 de octubre de 2014; Audiencia sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Ecuador, 149° Período de Sesiones, 28 de octubre de 2013; y Audiencia sobre Denuncias sobre destrucción de la herencia biocultural de México por la construcción de mega proyectos de desarrollo en México. 153° Período Ordinario de Sesiones, 30 de octubre de 2014.

¹²⁹ CIDH. Audiencia sobre Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en el contexto del proceso de paz en Colombia. 149° Período de Sesiones, 31 de octubre de 2013; y Audiencia sobre Situación de derechos humanos del pueblo Asháninka en Perú, 138° Período de Sesiones, 23 de marzo de 2010.

de organizaciones de protección de derechos humanos que “por motivos vinculados a los intereses de terceros en las tierras y territorios indígenas o tribales, los Estados no estarían cumpliendo con su obligación de reconocer, titular, delimitar y demarcar estos territorios, deberes ampliamente desarrollados por los órganos del sistema interamericano”¹³⁰. Como así también, que en aquellos procesos de titulación que se encuentran abiertos, los Estados no estarían respetando la garantía del plazo razonable¹³¹; y de igual modo estarían faltando a su obligación de protegerlos frente a terceros¹³², favoreciendo, de forma contraria, los intereses de las empresas en el otorgamiento de concesiones o permisos, sin dar cumplimiento adecuado de las obligaciones de consulta previa e informada a los pueblos indígenas. Entre algunos de los ejemplos podríamos citar, “la obtención de títulos individuales superpuestos, la nulidad de títulos colectivos, la imposición de servidumbres administrativas e incluso, el uso de la violencia bajo la aquiescencia de los Estados”¹³³, como mecanismos usuales de evadir sus

¹³⁰ CIDH. Audiencia sobre dificultades legales para el reconocimiento y titulación de tierras indígenas en Guatemala, 140° Período de Sesiones, 25 de octubre de 2010. CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil. Capítulo VI. Los derechos humanos de los pueblos indígenas en Brasil. OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1, 29 septiembre 1997, párr. 62; y Audiencia sobre el Derecho a la propiedad privada de los pueblos indígenas en Panamá, 133° Período de Sesiones, 28 de octubre de 2008.

¹³¹ CIDH. Audiencia sobre el Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú, 153° Período Ordinario de Sesiones, 31 de octubre de 2014; y Audiencia sobre Denuncias de ocupación de los territorios de los pueblos indígenas en Costa Rica, 147° Período de Sesiones, 16 de marzo de 2013.

¹³² CIDH. Audiencia sobre Situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en Nicaragua. 150° Período Ordinario de Sesiones, 25 de marzo de 2014; y Audiencia Caso 12.548 – Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, Honduras, 127° Período de Sesiones, 2 de marzo de 2007.

¹³³ CIDH. Audiencia sobre dificultades legales para el reconocimiento y titulación de tierras indígenas en Guatemala, 140° Período de Sesiones, 25 de octubre de 2010. CIDH. Audiencia sobre la situación de derechos humanos de los afrocaribeños, campesinos e indígenas del Cantón de Talamanca, Costa Rica, 140° Período de Sesiones, 28 de octubre de 2010. CIDH. Audiencia sobre la Situación de la propiedad comunal indígena en Nicaragua, 138° Período de Sesiones, 23 de marzo de 2010. Audiencia sobre Denuncias de violación de derechos

responsabilidades en el otorgamiento de los derechos de propiedad comunitaria.

Otra de las problemáticas que ha identificado la CIDH es que los Estados suelen limitar sus obligaciones de protección sobre los territorios indígenas solo a aquellas tierras que cuentan con reconocimiento formal, las que usualmente constituyen únicamente fracciones pequeñas de los territorios que las comunidades utilizan para el desarrollo de sus actividades de subsistencia. A su respecto, debe recordarse que “[l]as garantías de protección del derecho a la propiedad bajo los instrumentos interamericanos de derechos humanos pueden ser invocadas por los pueblos indígenas y tribales respecto de territorios que les pertenecen, pero que aún no han sido titulados formalmente, demarcados o delimitados por el Estado”.¹³⁴ De igual forma, la ocupación ilegal de los territorios ancestrales, las expropiaciones arbitrarias y los actos de intimidación o violencia contra los miembros de estos pueblos se suceden con frecuencia.¹³⁵

humanos de pueblos indígenas en Costa Rica. 153° Período Ordinario de Sesiones, 31 de octubre de 2014.

¹³⁴ CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 103. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize), 12 de octubre de 2004, párr. 153.

¹³⁵ Un ejemplo visible de ello es la construcción del denominado “Canal Interoceánico” en Nicaragua, por la cual la CIDH ha recibido múltiples denuncias, según las cuales “la concesión del proyecto fue otorgada sin licitación pública y sin consulta ni consentimiento de los pueblos indígenas y tribales afectados, quienes se verían privados de realizar sus principales actividades de autoconsumo, indispensables para la seguridad alimentaria de sus pueblos. Según se informó, sus territorios serían expropiados, afectando el 40% del territorio de los Pueblos Rama y Creole, bajo un marco legal que habría sido promulgado en contravención a los estándares interamericanos en la materia sobre pueblos indígenas con el objetivo de asegurar la viabilidad del proyecto”, CIDH, Audiencia sobre la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en Nicaragua. 150° Período Ordinario de Sesiones, 25 de marzo de 2014; y Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las mujeres indígenas en Nicaragua. 153° Período Ordinario de Sesiones. 28 de octubre de 2014. CIDH. Audiencia sobre la “Construcción del canal transoceánico y su impacto sobre los derechos humanos en Nicaragua”, 154° Período de Sesiones, 16 de marzo de 2015.

En lo que respecta a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, la CIDH resalta la omisión de los Estados en el cumplimiento de las garantías que los asisten, como ocurre en Bolivia y Brasil en el contexto de proyectos hidroeléctricos o madereros, por ejemplo.¹³⁶

Dichas violaciones a las garantías de consulta y consentimiento de los pueblos indígenas han ocasionado también múltiples impactos en la identidad cultural y la libertad religiosa de los pueblos; en tanto, la imposición de proyectos de naturaleza extractiva o de explotación afectan el libre ejercicio de prácticas y ceremonias religiosas que son formas de expresión de la identidad cultural de los pueblos indígenas. “La Comisión ha identificado que los lugares sagrados o religiosos son afectados por encontrarse superpuestos con áreas donde se busca realizar actividades extractivas y de desarrollo”.¹³⁷ Esto podría implicar incluso la destrucción de los mismos como, por ejemplo, fue denunciado por algunos pueblos indígenas en México. Igualmente, la CIDH ha sido informada sobre el impedimento por parte de terceros del acceso a sitios sagrados y la interferencia en la libre realización de ceremonias religiosas.

En relación con la protección del derecho a la vida, la CIDH observó que “se han presentado asesinatos de líderes, lideresas o miembros de estos pueblos y comunidades en contextos de oposición a proyectos de esta naturaleza”¹³⁸. Las investigaciones

¹³⁶ “Los pueblos en aislamiento en Bolivia, por ejemplo, se encontrarían desprotegidos jurídicamente ante la ausencia de voluntad para garantizar sus derechos. En Brasil, los pueblos en aislamiento de los Ríos Madeira y Xingú se verían amenazados por hidroeléctricas, y por la presencia de madereros y garimpeiros (mineros ilegales) en sus territorios ancestrales”, CIDH, Audiencia sobre la situación de los pueblos en aislamiento voluntario en la Región Amazónica y el Gran Chaco, 141° Período de Sesiones, 25 de marzo de 2011.

¹³⁷ CIDH. Audiencia sobre Medidas Cautelares y Petición 592/07 - Hul’qumi’num Treaty Group, Canadá, 133° Período de Sesiones, 28 de octubre de 2008; y Audiencia sobre Petición 592/07 y Medidas Cautelares 110/07 – Hul’qumi’num Treaty Group, Canadá, 134° Período de Sesiones, 23 de marzo de 2009.

¹³⁸ CIDH. Audiencia sobre el Impacto de las actividades de empresas mineras canadienses sobre los derechos humanos en América Latina. 153° Período Ordinario de Sesiones, 28 de

de la Comisión ha revelado que, en su mayoría, los casos quedan impunes, y que con frecuencia son considerados como crímenes comunes, atribuidos a la violencia o a la inseguridad que existen en varios países; sumado a que los defensores de derechos humanos, al denunciar hechos violatorios, no reciben la protección suficiente ni necesaria por parte del Estado.

La salud, la integridad personal y la protección medioambiental se ven amenazadas constantemente.¹³⁹ La contaminación del agua como producto de la actividad minera o agroindustrial conlleva un impacto en la salud de los pueblos indígenas de magnitudes alarmantes, a su respecto la CIDH expresa que “[l]a implementación de este tipo de proyectos puede suponer una seria contaminación por el vertimiento de sustancias —como mercurio— en el medio ambiente, bosques y ríos tradicionalmente utilizados por pueblos indígenas y tribales para su supervivencia física. Estas afectaciones pueden llegar a ser devastadoras en casos de proyectos mineros a gran escala o cuando se otorga un gran número de concesiones de pequeña escala sobre territorios indígenas”¹⁴⁰. Asimismo, la CIDH observa “que entre los grupos más vulnerables a estas afectaciones se encuentran los niños y las mujeres en edad

octubre de 2014; Audiencia sobre la Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina, 144° Período de Sesiones, 23 de marzo de 2012; y Audiencia la Situación de derechos humanos en la Amazonía peruana, 137° Período de Sesiones, 3 de noviembre de 2009.

¹³⁹ “En el caso de la minería, en particular, los impactos más frecuentemente reportados se refieren a la destrucción de ecosistemas donde se ubican las canteras, la remoción física de rocas, la afectación del sistema hidrológico, la contaminación del agua, explosiones, emisiones de polvo, entre otros. Asimismo, la CIDH ha sido informada sobre efectos nocivos en la salud de los pueblos indígenas debido a materiales químicos y tóxicos empleados para la extracción de minerales, sin las medidas de tratamiento necesarias”, CIDH, Audiencia sobre Situación de derechos humanos de la comunidad indígena de Apetina en Surinam. 150° Período Ordinario de Sesiones. 27 de marzo de 2014.

¹⁴⁰ CIDH. Audiencia sobre el derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú, 153° Período Ordinario de Sesiones, 31 de octubre de 2014, y CIDH. Audiencia sobre Situación de derechos humanos de la comunidad indígena de Apetina en Surinam. 150° Período Ordinario de Sesiones. 27 de marzo de 2014.

fértil”¹⁴¹; por ejemplo, el mercurio afecta al feto causando daños neurológicos para el niño o niña. El mismo, “que se deposita en ríos y otras fuentes de agua, se acumula en animales como el pescado que hacen parte de la dieta tradicional de muchas comunidades indígenas, tribales y afrodescendientes en la región. El consumo de alimentos con mercurio puede tener un serio impacto en la salud humana y puede exigir la sustitución de alimentos de la dieta tradicional lo que, en muchos casos, resulta sumamente difícil por motivos económicos y debido a la falta de alternativas factibles que pueda otorgar el Estado”.¹⁴²

Por otra parte, para el caso de proyectos petroleros, la Comisión observa que implican la apertura de trochas, evaluaciones sísmicas, y contaminación por derrames o pérdidas en la extracción. Los denominados proyectos, además de las obras para la extracción de los recursos naturales, requieren otras obras asociadas, como caminos o carreteras para asegurar el acceso.¹⁴³ La CIDH ha recogido información sobre derrames en la selva amazónica debido a la rotura de oleoductos o tuberías generando, entre otros efectos, la presencia de cadmio en el agua por encima de los niveles permisibles, que no han sido reparados adecuadamente por los Estados.¹⁴⁴

Las violaciones a los derechos territoriales y sobre sus recursos naturales, en el contexto de actividades de desarrollo, extractivas o de explotación, han causado consecuentemente violaciones de los derechos económicos y sociales de las

¹⁴¹ CIDH. Audiencia sobre el derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú, 153° Período Ordinario de Sesiones, 31 de octubre de 2014

¹⁴² CIDH. Audiencia sobre Situación de derechos humanos de la comunidad indígena de Apetina en Surinam. 150° Período Ordinario de Sesiones. 27 de marzo de 2014.

¹⁴³ CIDH. Audiencia sobre los Derechos de los pueblos indígenas y política energética y extractiva en Perú, 140° Período de Sesiones, 26 de octubre de 2010.

¹⁴⁴ Un ejemplo de ello es la contaminación del río Marañón en Perú que trajo aparejados impactos en la salud de las comunidades indígenas afectadas, “quienes han manifestado que los peces del río estarían teniendo un olor y sabor desagradable”, CIDH, Audiencia sobre los Derechos de los pueblos indígenas y política energética y extractiva en Perú, 140° Período de Sesiones, 26 de octubre de 2010.

comunidades, en tanto la privación de sus tierras constituye una privación extensiva de sus fuentes de subsistencia, y “amenaz[a] la seguridad alimentaria de las comunidades afectadas”.¹⁴⁵

Otra actividad que pone en riesgo la seguridad alimentaria de las poblaciones indígenas y su derecho a la salud es la utilización de semillas transgénicas, cuyo cultivo “exige altas cantidades de agrotóxicos, y los cuales son esparcidos mediante aeroplanos, aviones u otras maquinarias”.¹⁴⁶ Ello ocasiona la aspersión de sustancias tóxicas en comunidades adyacentes a los cultivos, afectando su salud y contaminando el medioambiente. A su respecto, la CIDH ha documentado mediante su informe anual del año 2015 que “las principales afectaciones al acceso al agua en las Américas derivan de los efectos negativos como consecuencia de la implementación de proyectos extractivos y del uso de agroquímicos en la Región, de la contaminación de las fuentes hídricas, de la falta de acceso al agua para personas y comunidades viviendo en pobreza y pobreza extrema, especialmente en zonas rurales, y por los cortes del servicio de provisión de agua potable, todo lo cual genera impactos desproporcionados en los derechos humanos de las personas, grupos y colectividades históricamente discriminadas”.¹⁴⁷

Por último, nos referiremos a la problemática del desplazamiento forzado, directamente relacionada con la instalación de actividades productivas en las tierras ancestrales indígenas. La CIDH imprime al respecto que “[e]l desplazamiento forzado de los pueblos indígenas y tribales fuera de sus tierras y territorios es una de las más graves consecuencias de la imposición de

¹⁴⁵ Véase CIDH. Audiencia sobre la “Construcción del canal transoceánico y su impacto sobre los derechos humanos en Nicaragua”, 154º Período de Sesiones, 16 de marzo de 2015.

¹⁴⁶ CIDH. Audiencia sobre la Situación de derechos económicos, sociales y culturales de campesinos en América Latina, 149º Período de Sesiones, 29 de octubre de 2013.

¹⁴⁷ CIDH, Informe Anual 2015, Capítulo IV.A – Acceso al Agua en las Américas: Una Aproximación al Derecho Humano al Agua en el Sistema Interamericano. Información similar fue presentada durante la audiencia temática regional sobre derechos humanos y el agua en las Américas, celebrada durante el 156º Período de Sesiones de la CIDH, 23 de octubre del año 2015.

proyectos que ha podido observar la Comisión”¹⁴⁸, toda vez que “la implementación de proyectos de desarrollo, explotación o extracción requiere comúnmente de extensas áreas geográficas y exige muchas veces serias alteraciones a amplias cantidades de tierra para la construcción de diferentes tipos de edificaciones, plantas, instalaciones, la extensión de las vías de acceso y comunicación, entre otros”.¹⁴⁹ Estas alteraciones resultan abiertamente incompatibles con los usos que estos pueblos dan tradicionalmente a sus tierras y territorios y, por ende, generan que sus planes de vida propios se vean modificados o sean imposibles de realizar.

IV. Conclusión

El resultado al que arribo, en consonancia con lo que fue planteado al inicio del presente trabajo y con lo que fue oportunamente desarrollado, es al de confirmar la hipótesis propuesta como sustento del trabajo. En tanto, es de mi consideración que la incompatibilidad que existe entre un sistema de producción que se funda en la sobre-explotación de los recursos y en el avance indiscriminado de las fronteras de producción, dando preferencia al sector inversionista privado, no puede ser compatible con el respeto a la identidad cultural y a la cosmovisión indígena sobre el valor de la tierra. La utilización no sustentable de la tierra y el consecuente desplazamiento de comunidades indígena-campesinas de sus territorios ancestrales no hace más que validar mi postura, en razón de que implica la aniquilación de las posibilidades que estos pueblos tienen de subsistir culturalmente y también porque un modelo económico y de producción no puede basarse en presupuestos violatorios de derechos humanos.

¹⁴⁸ CIDH. Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las personas afectadas por las industrias extractivas en las Américas, 144° Período de Sesiones, 28 de marzo de 2012.

¹⁴⁹ CIDH. Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las personas afectadas por las industrias extractivas en las Américas, 144° Período de Sesiones, 28 de marzo de 2012.

La subsistencia de la identidad cultural de los pueblos indígenas, como se ha demostrado a la largo del desarrollo del presente, implica una relación simbiótica con la tierra. La posesión y el uso y goce de la tierra, no sólo garantizan la subsistencia de las comunidades en tanto cubren sus necesidades básicas de alimentación y salud, sino que preserva la idiosincrasia de los pueblos, cuya vida comunitaria se desarrolla y gira en torno a la tierra.

Pero no es la privación de la posesión de la tierra el único elemento cuestionable, hemos podido apreciar como los Estados pueden violar de diversas formas los derechos de los pueblos indígenas y amenazar su continuidad cultural. Toda vez que se prive del ejercicio de las formas de vida que los pueblos históricamente han realizado; cada vez que se autorice un emprendimiento de explotación que implica la modificación de los ecosistemas adyacentes, la contaminación de las aguas, la pérdida de la biodiversidad; se estará propiciando otro elemento violatorio de los derechos humanos de los pueblos originarios.

Un modelo productivo que de hecho implica la sobre-explotación de los recursos y la deforestación de estos territorios ancestrales como medio de satisfacción de la demanda de productividad para la exportación de bienes primarios, entre otros aspectos, no constituye un modelo de “desarrollo”. Implica, de otra forma, un avasallamiento de derechos constitucionalmente garantizados a estos pueblos indígenas.

La necesidad de visualizar y dar entidad a un fenómeno invisibilizado, como es el que opera la lógica neoextractivista, es de suma importancia para la salvaguarda del estado de derecho en Argentina y en los países del sistema interamericano en general. Cuando se otorga entidad a una problemática, esta resurge a la superficie de la realidad política y social de un momento histórico. Allí es donde reside la importancia de lo que acontece, en trasladarlo al plano de la visibilidad. En Argentina y en América Latina se suceden trasgresiones a los estándares de derechos humanos toda vez que en nombre del “desarrollo”

y el “progreso” de la supuesta sociedad entera, se construye un sistema económico-productivo que se desarrolla a expensas de una minoría históricamente relegada y acallada.

V. Bibliografía

Gialdino, Rolando E.; “El rescate de la diferencia. Las comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Ed. La Ley; Fuente: JA 2006 III 1178; Suplemento de Jurisprudencia Argentina; 6/9/2006.

Anaya, James; “Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Observaciones sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas de Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales”; ONU, Consejo de Derechos Humanos 18.º período de sesiones Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo; Distr. general 7 de junio de 2011; Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/A-HRC-18-35-Add-3_sp.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos; “Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; OEA/Ser.L/V/II.; Doc. 56/09; 30 diciembre 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos; “La situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas”; OEA/Ser.L/VII.108 Doc. 62; 20 octubre 2000; Disponible en: <http://www.cidh.org/Indigenas/indice.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos; “Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15 31 diciembre 2015; Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos; “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 11. PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES”; Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/indigenas.pdf>
- Maristella Svampa; Enrique Viale Trazar; “Continuidad y radicalización del neoextractivismo en Argentina”; *Perfiles Económicos* N°3, Julio 2017.
- Maristella Svampa; “El Consenso de los Commodities. Extractivismo en América Latina”; *Le Monde Diplomatique*, edición Cono Sur; Edición de Junio de 2013/ N.º 168. Disponible en: <https://www.eldiplo.org/la-trampa-de-los-recursos-naturales/el-consenso-de-los-commodities/>
- Darío Aranda; “Los desplazados por la soja y la minería”; Página 12, Buenos Aires, 22 de febrero de 2010. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-140779-2010-02-22.html>
- Dario Aranda; “Tierra Arrasada. Petróleo, soja, pasteras y megaminería. Radiografía de la Argentina del Siglo XXI”; Sudamericana; Buenos Aires; 2015.
- Lander, Edgardo; “El Neoextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones”; Heinrich Böll Stiftung, Berlín, 13-14 de mayo de 2014; Disponible en: <https://mx.boell.org/sites/default/files/edgardolander.pdf>
- Svampa, Maristella 2012 “Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año XIII, N° 32, noviembre. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20120927103642/OSAL32.pdf>

DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA



Una moneda

*Para Sandro y para los y las niños
y niñas que sueñan ir a la escuela.*

Sandro está contento
Mira su saco lleno
Hoy tal vez
Renueva la esperanza
De salir de ese lugar.
Mañana a la escuela, piensa.
Con lágrimas en sus ojos cansados.
Porque si, ¡Sandro piensa!
Retacón de ocho añitos puros
Dale un presente
Y él solo se forjará un futuro.

Autora: Florencia Ronco

Arte de la portada: Eleonora Burry

Discurso de Salvador Allende del 2 de diciembre de 1972

*Ailén Díaz*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 607-628

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e291>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8438-6622>

En la presente edición, transcribimos el discurso realizado el día 2 de diciembre de 1972 por el entonces presidente de Chile, Salvador Allende, ante la Universidad de Guadalajara, México. Institución que en homenaje del aludido mandatario, denominó al Auditorio del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades “Dr. Salvador Allende Gossens”.

Nos interesa retomar aquí una nueva lectura del mencionado discurso, pues entendemos tiene hoy plena vigencia en varios puntos. Expresado por un presidente socialista, que tenía el convencimiento de lograr la transición del capitalismo al socialismo por vía pacífica, desnudaba con escandalosas cifras la desigualdad del continente americano. Que tras casi cincuenta años, no sólo no se ha reducido, sino que ha aumentado.

Allende aseveraba con gran tino, que siendo los países de América latina potencialmente ricos, en su inmensa mayoría eran pobres. El analfabetismo, el desempleo, la falta de vivienda, la falta de acceso a la salud- porque la salud se compra-aseguraba-, y sigue siendo así en la mayoría de los casos de nuestro pueblo, la desnutrición y la insuficiencia del desarrollo cerebral de gran parte de la niñez que la condena a la pobreza, el monocultivo, el control de sectores estratégicos de la economía en manos de capital foráneo, la deuda externa, el control de los países

¹ Abogada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Docente de la materia Historia Constitucional (UNLP).

poderosos sobre las reglas de comercialización, de los créditos, de la fijación de del valor de las materias primas en el mercado internacional, etc. eran y son grandes problemas de nuestros pueblos.

Y entonces se pregunta ¿cuál es el rol de la juventud en dicho contexto?

Como expresó el discurso ante la Universidad de Guadalajara, a la cual elogió, afirmó que el paso por la Universidad no debe hallarse motivado por alcanzar un título solamente, que permita el ejercicio de intereses individuales, sino que debe llevar a inmiscuirse en los problemas de su pueblo, pero no sólo a través de pensamientos teóricos o enseñanzas doctrinarias, sino concibiendo la realidad, observando qué pasa dentro de su país y más allá de la frontera. No se trata solo de copiar lo que otros países hacen para alcanzar los mismos objetivos.

Utiliza la categoría de los viejos jóvenes, en donde él se ubica, y los jóvenes viejos. Éstos últimos explica, no comprenden que llegar a la universidad de un privilegio extraordinario, que tan solo el 1% mundial alcanza. Este privilegio se percibe en el rango social que se obtiene por haberse graduado de la universidad, y como un instrumento para obtener mayores ingresos que el resto de lo conciudadanos. De modo que estos jóvenes viejos deben transformarse, deben comprender el proceso de su patria.

Así, el proceso del cambio que se estaba sucediendo en Chile, en particular los cambios estructurales a niveles económicos, requerían de profesionales que no se sintieran superior al resto, sino que tuviera conciencia social. Decía Allende, “Se necesitan profesionales que no busquen engordar en los puestos públicos, en las capitales de nuestras patrias. Profesionales que vayan a la provincia, que se hundan en ella”.

De tal manera que ser joven en dicha época, implicaba una gran responsabilidad al pensar del mandatario Chileno, pues entendía que existía un enfrentamiento social, donde debía decidirse en qué barricada estar. Y no sólo eso, enfatiza que

el estudiante universitario debe estudiar, debe comprender los fenómenos económicos y sociales, las realidades del mundo, y por tanto “tiene la obligación de ser un factor dinámico del proceso del cambio”.

En ese contexto, Salvador Allende realiza su frase célebre “Ser joven y no ser revolucionario es una contradicción hasta biológica; pero ir avanzando en los caminos de la vida y mantenerse como revolucionario en una sociedad burguesa es difícil”. Llama a la juventud a su proceso revolucionario, porque entiende que le es “casi natural” ir por esos caminos, pero que esa actitud sea concordante con la realidad de su patria, que su conocimiento técnico sea efectivamente volcada en favor de su pueblo, y que dicha actitud se mantenga con el tiempo.

Los jóvenes deben entender que están enfrentados a grandes desigualdades, grandes injusticias, y que deben contribuir a que se modifiquen, deben realizar trabajo voluntario, pues el mismo “vincula, amarra, acerca, hace que se compenetre el que va a ser profesional con aquel que tuvo por herencia la manos callosos de los que por generaciones trabajaron la tierra”.

Finalmente, cabría recordar que los cambios llevados a cabo por Allende se hicieron en el marco de una democracia burguesa, con minoría en el Congreso, regulados por normas jurídicas vetustas, confeccionadas por sectores burgueses de aquel entonces-cien años atrás-, sin embargo, consideraba que la institucionalidad era la vía para dichos cambios, realizada a través de la lucha electoral, y no como otros procesos armados, como pudiera ser el de la Revolución Cubana.

Un país socialista como el chileno de aquel entonces, propendió a la nacionalización de sectores estratégicos de la economía, como fue el sector minero, en particular la producción de cobre, que tras dicha medida, el valor de la materia prima fijada en Londres, bajó drásticamente. No todas las batallas en ese sentido fueron positivas, y muchas expropiaciones- de empresas y latifundios- tuvieron muchas resistencias, hasta lograr reforma constitucional- que Allende no promulgó- para prohibirlas.

La influencia norteamericana en el golpe de estado de 1973, liderado por Pinochet fue clara, con fines de recuperar sus negocios, y alejar el “fantasma del socialismo”.

DISCURSO DE SALVADOR ALLENDE EN LA UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

El mensaje del presidente Allende a los universitarios de México constituye un documento de vigencia permanente. Por esta razón lo incluimos en este número, justamente al cumplirse el día 11 de septiembre, tres años del lamentable golpe de estado que derrocó el gobierno de la Unidad Popular Chilena, encabezado por Salvador Allende.

Estimado Presidente y amigo Luis Echeverría, Ministros de Relaciones de México y Chile, Comunidad universitaria (comprendo en este término y saludo así a todos los trabajadores de la educación, desde el rector de la Universidad hasta el más modesto de los compañeros estudiantes):

Qué difícil es para mi poder expresar lo que he vivido y sentido en estas breves y largas horas de convivencia con el pueblo mexicano, con su gobierno. Cómo poder traducir lo que nosotros, integrantes de la delegación de nuestra patria, hemos recibido en generosa entrega y como aporte solidario a nuestro pueblo en la dura lucha en que está empeñado.

Yo, más que otros, sé perfectamente bien que esta actitud del pueblo de México nace de su propia historia. Y aquí se ha recordado ya, cómo Chile estuvo presente junto a Juárez, el hombre de la independencia mexicana proyectada en ámbito continental; y cómo entendemos perfectamente bien que además de esta raíz común, que antes fuera frente a los conquistadores, México es el primer país de Latinoamérica que en 1938, a través de la acción de un hombre preclaro de esta tierra y de América Latina, nacionaliza el petróleo. A través de la acción del general presidente Lázaro Cárdenas.

Por eso ustedes, que supieron del ataque alevoso, tuvieron que sentir el llamado profundo de la patria en un superior sentido nacional; por eso ustedes, que sufrieron largamente el embate de los intereses heridos por la nacionalización; por eso ustedes, más que otros pueblos de este continente, comprenden la hora de Chile, que es la misma que ustedes tuvieron en 1938 y los años siguientes. Por eso es que la solidaridad de México nace en su propia experiencia y se proyecta con calidad fraternal frente a Chile, que esta hoy realizando el mismo camino libertador que ustedes.

Quiero agradecer las palabras del ingeniero Ignacio Mora Luna, a nombre de los profesores de la Universidad de Guadalajara; las del licenciado Enrique Romero González, a nombre de las autoridades universitarias, y las del compañero Guillermo Gómez Reyes, presidente de la Federación de Estudiantes de esta Universidad.

Bien decía el presidente Echeverría, cuando él señalara que en este viaje era conveniente que llegara a conocer la provincia, y eligiera a Jalisco, y me hablaba de Guadalajara y de su Universidad. Yo se lo agradecí, y ahora -por cierto- se lo agradezco mas. Porque si hemos recibido el afecto cálido del pueblo mexicano, de sus mujeres y de sus hombres, que puede significar más que estar junto a la juventud, y sentir cómo ella late (y presurosamente) con una clara conciencia revolucionaria y antiimperialista.

Desde que llegara cerca de esta Universidad, ya comprendí perfectamente bien el espíritu que hay en ella, en los letreros de saludo a mi presencia aquí; tan sólo como mensajero de mi pueblo, yo ya veía esta definición.

Esta no es una Universidad tradicional; esta no es -y es bastante para muchas universidades de nuestro Continente- una Universidad que haya hecho la reforma; yo creo que esta es una Universidad comprometida con el pueblo, con los cambios, con la lucha por la independencia económica y por la plena soberanía en nuestros pueblos.

Y porque una vez fui universitario, hace largos años, por cierto, no me pregunten cuantos; porque pasé por la Universidad no en búsqueda de un título solamente; porque fui dirigente estudiantil y porque fui expulsado de la Universidad, puedo hablarles a los universitarios a distancia de años; pero yo sé que ustedes saben que no hay querrela de generaciones: hay jóvenes viejos y viejos jóvenes, y en éstos me ubico yo.

Hay jóvenes viejos que no comprenden que ser universitario, por ejemplo, es un privilegio extraordinario en la inmensa mayoría de los países de nuestro Continente. Esos jóvenes viejos creen que la Universidad se ha levantado como una necesidad para preparar técnicos y que ellos deben estar satisfechos con adquirir un título profesional. Les da rango social y el arribismo social, caramba -qué dramáticamente peligroso-, les da un instrumento que les permite ganarse la vida en condiciones de ingresos superiores a la mayoría del resto de los conciudadanos.

Y estos jóvenes viejos, si son arquitectos, por ejemplo, no se preguntan cuantas viviendas faltan en nuestros países y, a veces, ni en su propio país. Hay estudiantes que con un criterio estrictamente liberal, hacen de su profesión el medio honesto para ganarse la vida, pero básicamente en función de sus propios intereses.

Allá hay muchos médicos -y yo soy médico- que no comprenden o no quieren comprender que la salud se compra, y que hay miles y miles de hombres y mujeres en América Latina que no pueden comprar la salud; que no quieren entender, por ejemplo, que a mayor pobreza mayor enfermedad, y a mayor enfermedad mayor pobreza y que, por lo tanto, si bien cumplen atendiendo al enfermo que demanda sus conocimientos sobre la base de los honorarios, no piensan en que hay miles de gentes que no pueden ir a sus consultorios, y son pocos los que luchan porque se estructuren los organismos estatales para llevar la salud ampliamente al pueblo.

De igual manera que hay maestros que no se inquietan en que haya también cientos y miles de niños y de jóvenes que

no pueden ingresar a las escuelas. Y el panorama de América Latina es un panorama dramático en las cifras de su realidad dolorosa.

Llevamos, casi todos los pueblos nuestros, más de un siglo y medio de independencia política, ¿y cuáles son los datos que marcan nuestra dependencia y nuestra explotación? siendo países potencialmente ricos, la inmensa mayoría somos pueblos pobres.

En América Latina, continente de más de 220 millones de habitantes, hay cien millones de analfabetos y semianalfabetos.

En este Continente hay más de 30 millones de cesantes absolutos, y la cifra se eleva por sobre 60 millones, tomando en consideración aquellos que tienen trabajos ocasionales.

En nuestro Continente, el 50 por ciento de la población según algunos, y según otros el 57 por ciento se alimenta en condiciones por debajo de lo normal. En América Latina faltan más de 28 millones de viviendas.

En estas circunstancias, cabe preguntar: ¿cuál es el destino de la Juventud? porque este Continente es un continente joven. El 51 por ciento de la población de América Latina esta por debajo de los 27 años y por eso puedo decir -y ojalá me equivoque que ningún gobierno -e incluyo, por cierto el mío y todos los anteriores de mi patria- ha podido solucionar los grandes déficit las grandes masas de nuestro Continente en relación con la falta de trabajo, la alimentación, la vivienda, la salud. ¡Para qué hablar de la recreación y del descanso!

En este marco que encierra y aprisiona a nuestros pueblos hace un siglo y medio, es lógico que tengan que surgir el dolor y el sufrimiento de las masas, en anhelos de alcanzar niveles de vida y existencia y de cultura; que sea antihumano y antisocial, genéricamente hablando.

Si hoy tenemos las cifras que aquí he recordado, ¿qué va a ocurrir si las cosas no cambian cuando seamos 360 o 600 millones de habitantes? En un Continente en donde la explosión demográfica esta destinada a compensar la alta mortalidad

infantil, los pueblos así se defienden; pero a pesar de ello aumenta vigorosamente la población de nuestros países, y el avance tecnológico en el campo de la medicina ha elevado -y también al mejorarse condiciones de vida- ha mejorado el promedio de nuestra existencia que, por cierto, es muy inferior al de los países del capitalismo industrial y a los países socialistas.

Pero si ningún gobierno de este Continente -democráticos lo son pocos; seudodemocráticos hay más; dictatoriales también los hay-, ningún gobierno ha sido capaz de superar los grandes déficit, reconociendo, por cierto, que han hecho esfuerzos indiscutiblemente laudatorios por gobierno, y especialmente por los gobiernos democráticos, porque escuchan la voz, la protesta, el anhelo de los pueblos para avanzar en la tentativa frustrada, y hace posible que estos déficit no sigan pesando sobre nuestra existencia.

¿Y por qué sucede esto? porque somos países monoprodutores en la inmensa mayoría: somos los países del cacao, del banano, del café, del estaño, del petróleo o del cobre. Somos países productores de materias primas e importadores de artículos manufacturados; vendemos barato y compramos caro.

Nosotros, al comprar caro, estamos pagando el alto ingreso que tiene el técnico, el empleado y el obrero de los países industrializados. Además, en la inmensa mayoría de los casos, como las riquezas fundamentales están en manos del capital foráneo, se ignoran los mercados, no se interviene en los precios ni en los niveles de producción. La experiencia la hemos vivido nosotros en el cobre, y ustedes en el petróleo.

Somos países en donde el gran capital financiero busca, y encuentra -por la complacencia culpable muchas veces de gentes que no quieren entender su deber patriótico- la posibilidad de obtenerlo.

Porque ¿qué es el imperialismo, compañeros jóvenes?: Es la concentración del capital en los países industrializados que, alcanzando la fuerza del capital financiero, abandonan las inversiones en las metrópolis económicas, para hacerlo en nuestros

países y, -por lo tanto, este capital que en su propia metrópoli tiene utilidades muy bajas, adquiere grandes utilidades en nuestras tierras. Porque, además, muchas veces las negociaciones son entre las compañías que aquí trabajan y las compañías que son dueñas de ésta y que están más allá de nuestras fronteras.

Entonces, somos países que no aprovechamos los excedentes de nuestra producción, y este Continente ya conoce, no a través de los agitadores sociales con apellido político, como el que yo tengo de socialista, sino a través de las cifras de la CEPAL, organismo de las Naciones Unidas, que en la última década (no puedo exactamente decir si del 50 al 60 o del 56 al 66), América Latina exportó muchos más capitales que los que ingresaron a ella.

De esta manera se ha ido produciendo una realidad que es común en la inmensa mayoría de todos nuestros pueblos; somos países ricos potencialmente, y vivimos como pobres. Para poder seguir viviendo, pedimos prestado. Pero al mismo tiempo somos países exportadores de capitales. Paradoja típica del régimen en el sistema capitalista.

Para ello, entonces, es indispensable comprender que dentro de esta estructura, cuando internacionalmente los países poderosos viven y fortalecen su economía de nuestra pobreza, cuando los países financieramente fuertes necesitan de nuestras materias primas para ser fuertes; cuando la realidad de los mercados y los precios lleva a los pueblos de éste y otros continentes a endeudarse; cuando la deuda de los países del Tercer Mundo alcanza la fantástica cifra de 95 mil millones de dólares; cuando a mi país, país democrático, con muy sólidas instituciones, país que tiene un Congreso en funciones hace 160 años, país en donde las fuerzas armadas -igual que en México- son fuerzas armadas profesionales, respetuosas de la ley y la voluntad popular; cuando mi país, que es el segundo productor de cobre del mundo y tiene las más grandes reservas de cobre el mundo y la más grande mina subterránea del mundo Yukiltalman y El Teniente; cuando mi país se ha visto obligado a

endeudarse con una deuda externa que per capita sólo puede ser superado por la deuda que tiene Israel; que podemos estimar que esta en guerra; cuando yo debía haber cancelado este año para amortizar y pagar los intereses de esa deuda 420 millones de dólares que significan más del 30 por ciento del presupuesto de ingresos, uno puede colegir que es imposible que pueda esto seguir y que esta realidad se mantenga.

Si a ello se agrega que los países poderosos fijan las normas de la comercialización, controlan los fletes, imponen los seguros, dan los créditos ligados que implica la obligación de invertir un alto porcentaje en esos países; si además sufrimos las consecuencias que emanan y que cuando los países poderosos o el país más poderoso del capitalismo estima necesario devaluar su moneda, las consecuencias las pagamos nosotros; y si tiembla el mercado del dinero en los países industrializados, las consecuencias son mucho más fuertes, mucho más duras y pesan más sobre nuestros pueblos. Si el precio de las materias primas baja, el precio de los artículos manufacturados, y aun los alimentos suben; cuando el precio de los alimentos sube, nos encontramos que hay barreras aduaneras que impiden que algunos países que pueden exportar productos agropecuarios lleguen a los mercados de consumo, los países industriales.

El caso de mi patria es elocuente: nosotros producimos entre la gran minería que estaba antes en manos del capital foráneo y la pequeña y mediana minería, cerca de 750 mil toneladas de cobre. Entre Zambia, Perú, Saire y Chile, signatarios de lo que se llama ZIPEC, entre estos cuatro países se produce el 70 por ciento del cobre que se comercia en el mundo: más de 3 millones de toneladas. Pero el precio del cobre se fija en la bolsa de Londres y se transan tan sólo 200 mil toneladas. Y Chile hace tres años, por ejemplo, tuvo un promedio de precio de la libra de cobre-año, superior a los 62 centavos, y cada centavo que se suba o baje del precio de la libra de cobre, significan 13 millones de dólares más, o menos, de ingreso para nuestro país.

El año 1971 el precio del cobre, del último año del gobierno del presidente Frei, fue de 59. En el primer año del gobierno popular fue tan solo de 49, ¡menos de 49! Este año, seguramente no va a alcanzar más allá de 47.4: pero en valores reales, después de la devaluación del dólar, este promedio, será, a lo sumo, 45. Y el costo de producción nuestro a pesar de que son minas con un alto porcentaje de riqueza minera y están cerca del mar, bordea los 45 centavos en algunas de ellas; y es, por cierto, más alto por una técnica inferior en la producción de la pequeña y mediana minería.

He puesto este ejemplo porque es muy claro. Nosotros que tenemos un presupuesto de divisas superior a muchos países latinoamericanos, que tenemos una extensión de tierra que podía alimentar, a 20 o 25 millones de habitantes, hemos tenido que importar, desde siempre -por así decirlo-, carne, trigo, grasa, mantequilla y aceite: 200 millones de dólares al año.

Y desde que estamos en el gobierno popular, tenemos que importar más alimentos; porque tenemos conciencia que aún importando como lo hicieron los gobiernos anteriores, 200 millones de dólares al año, en Chile, el 43 por ciento de la población se alimentaba por debajo de lo normal.

Y aquí, en esta casa de hermanos, yo, que soy médico, que he sido profesor de medicina social y presidente durante 5 años del Colegio Médico de Chile, puedo dar una cifra que no me averguenza, pero que si me duele: en mi patria, porque hay estadísticas y no las ocultamos, hay 600 mil niños que tienen un desarrollo mental por debajo de lo normal. Si acaso, un niño en los primeros ocho meses de su vida no recibe la proteína necesaria para su desarrollo corporal y cerebral; si ese niño no recibe esa proteína, se va a desarrollar en forma diferente al niño que pudo tenerla y que lógicamente es casi siempre el hijo de un sector minoritario, de un sector poderoso económicamente. Si a ese niño que no recibió la proteína suficiente, después de los ocho meses se le da, puede recuperar y normalizar su desarrollo corporal, pero no puede alcanzar el desarrollo normal de su cerebro.

Por eso muchas veces los maestros o las maestras en su gran labor -yo siempre vinculo a los maestros y a los médicos como profesionales de una gran responsabilidad-, muchas veces los maestros o las maestras ven que el niño no asimila, no entiende, no aprende, no retiene; y no es porque ese niño no quiera aprender o estudiar: es porque cae en condiciones de menor valía, y eso es consecuencia de un régimen y de un sistema social; porque por desgracia, hasta el desarrollo de la inteligencia esta marcado por la ingestión de los alimentos, fundamentalmente los primeros 8 meses de la vida. Y cuantas son las madres proletarias que no pueden amamantar a sus hijos cuando nosotros los médicos sabemos que el mejor alimento es la leche de la madre; y no lo pueden hacer porque viven en las poblaciones marginales, porque sus compañeros están cesantes y porque ella recibe el subalimento. Como madres, ellas están castigadas en sus propias vidas, y lo que es más injusto, en la vida de sus propios hijos; por eso, claro.

Los gobiernos progresistas, como los nuestros, avanzamos en iniciativas que tienen un contenido, pero que indiscutiblemente es un paliativo. Por ejemplo, en mi país esta la asignación familiar prenatal; se paga a la mujer que esta esperando familia desde el tercer mes del embarazo; se hace real desde el quinto, donde puede comprobarse que efectivamente esta esperando familia. Esto tiene un doble objetivo: que tenga un ingreso que se entrega a la madre para que pueda ella alimentarse mejor. Y en la etapa final, comprar algo para lo que podríamos llamar la mantilla, los pañales del niño.

Y, por otra parte, para recibir este estipendio, que es un sobre-salario, requiere un control médico y, por lo tanto, obliga a la madre a ir a controlarse. Y en ese caso, si la madre esta enferma y es tratada oportunamente, el hijo nace sano. Y, además se le dan las más elementales nociones sobre el cuidado del niño.

Y tenemos la asignación familiar que se paga también desde que el niño nace, hasta que termina de estudiar, si estudia.

Pero no hemos podido, por ejemplo, nosotros, nivelar la asignación familiar. Porque un Congreso que representa, no a los trabajadores en su mayoría, establece, como siempre, leyes discriminatorias. Y en mi patria había asignación diferente para bancarios, para empleados públicos, particulares, fuerzas armadas, obreros y campesinos. Nosotros levantamos la idea justa: una asignación familiar igual para todos. Y eso, con generosidad. Pero pensar que la asignación familiar sea más alta para los sectores que tienen más altos ingresos es una consecuencia y una brutal injusticia.

Hemos logrado nivelar la asignación familiar de obreros, campesinos, fuerzas armadas y empleados públicos; pero queda distante todavía la asignación familiar de empleados particulares, y un sector de ellos. Es un avance, pero no basta, porque si bien es cierto, entregamos mejores condiciones para defender el equilibrio biológico cuando se alimenta mejor el niño; y gracias a esta asignación familiar, también es cierto que el proceso del desarrollo universitario, en el caso de la medicina -y lo pongo como ejemplo-, conlleva a establecer que nosotros carecemos de los profesionales suficientes para darle atención a todo el pueblo, desde el punto de vista médico.

En Chile hay 4 mil 600 médicos; deberíamos ser ocho mil médicos. En Chile faltan, entonces tres mil médicos. En Chile faltan más de 6 mil dentistas. En ningún país de América Latina -y lo digo con absoluta certeza- no hay ningún servicio público estatal que haga una atención médica dental con sentido social. Se limitan en la mayoría de los países, si es que tienen esos servicios, a la etapa inicial, previa, básica, simple, sencilla, de la extracción. Y si hay algo que yo he podido ver con dolor de hombre y conciencia de Médico, cuando he ido a las poblaciones, es a las compañeras trabajadoras, a las madres proletarias, gritar con esperanza nuestros gritos de combate, y darme cuenta, por desgracia, cómo sus bocas carecen de la inmensa mayoría de los dientes.

Y los niños también sufren esto. Por ello, entonces, y sobre la base tan sólo de esos ejemplos simples, nosotros tenemos que entender, estamos hablando de una Universidad que entiende que para que termine esta realidad brutal que hace más de un siglo y medio pesa sobre nosotros, en los cambios estructurales económicos se requiere un profesional que no se sienta un ser superior porque sus padres tuvieron el dinero suficiente para que él ingresara a una Universidad; si necesita un profesional con conciencia social que entienda que su lucha, si es arquitecto, es para que se construyan las casas necesarias que el pueblo necesita. Se necesita un profesional que, si es médico, levante su voz para reclamar que la medicina llegue a las barriadas populares y, fundamentalmente, a los sectores campesinos.

Se necesitan profesionales que no busquen engordar en los puestos públicos, en las capitales de nuestras patrias. Profesionales que vayan a la provincia; que se hundan en ella.

Por eso yo hablo así, aquí, en esta Universidad de Guadalajara, que es una Universidad de vanguardia, y tengo la certeza que la obligación patriótica de ustedes es trabajar en la provincia, fundamentalmente, vinculada a las actividades económicas, mineras, o actividades industriales o empresariales, o a las actividades agrícolas; la obligación del que estudió aquí es no olvidar que ésta es una Universidad del Estado que la pagan los contribuyentes, que en la inmensa mayoría de ellos son los trabajadores. Y que por desgracia, en esta Universidad, como en las universidades de mi patria, la presencia de hijos de campesinos y obreros alcanza un bajo nivel todavía.

Por eso, ser joven en esta época implica una gran responsabilidad, ser joven de México o de Chile; ser joven de América Latina, sobre todo en este Continente que, como he dicho, está marcado por un promedio que señala que somos un continente joven. Y la juventud tiene que asumir su responsabilidad histórica; tiene que entender que no hay lucha de generaciones, como lo dijera hace un instante; que hay un enfrentamiento social, que es muy distinto, y que pueden estar en la misma

barricada de ese enfrentamiento los que hemos pasado -y yo pasé muy poquito- de los 60 años (guardénme el secreto de los sesenta años), y los jóvenes que puedan tener 13 o 20.

No hay querrela de generaciones, y eso es importante que yo lo diga. La juventud debe entender su obligación de ser joven; y si es estudiante, darse cuenta que hay otros jóvenes que, como él, tienen los mismos años, pero que no son estudiantes. Y si es universitario, con mayor razón mirar al joven campesino o al joven obrero, y tener un lenguaje de juventud, no un lenguaje sólo de estudiantes universitarios, para universitarios.

Pero el que es estudiante tiene una obligación porque tiene más posibilidades de comprender los fenómenos económicos y sociales y las realidades del mundo; tiene la obligación de ser un factor dinámico del proceso de cambio, pero sin perder los perfiles, también, de la realidad.

La revolución no pasa por la Universidad y esto hay que entenderlo; la revolución pasa por las grandes masas; la revolución la hacen los pueblos; la revolución la hacen, esencialmente, los trabajadores.

Y yo comparto el pensamiento que aquí se ha expresado -y el Presidente Echeverría lo ha señalado muchas veces-, que yo también lo he dicho en mi patria. Allí luchamos por los cambios dentro de los marcos de la democracia burguesa, con dificultades mucho mayores, en un país donde los poderes de estado son independientes, y en el caso nuestro, la justicia, el Parlamento y el Ejecutivo. Los trabajadores que me eligieron están en el gobierno; nosotros controlamos una parte del Poder Ejecutivo, somos una minoría en el Congreso. El poder judicial es autónomo, y el código civil de mi patria tiene 100 años. Y si yo no critico en mi patria al poder judicial, menos lo voy a hacer aquí. Pero indiscutiblemente, hay que pensar que esas leyes representaban otra época y otra realidad, no fueron leyes hechas por los trabajadores que estamos en el gobierno: fueron hechas por los sectores de la burguesía que

tenían el Ejecutivo, el poder económico, y que eran mayoría en el Congreso Nacional.

Sin embargo, la realidad de Chile, su historia y su idiosincrasia; sus características, la fortaleza de su institucionalidad, nos llevó a los dirigentes políticos a entender que en Chile no teníamos otro camino que el camino de la lucha electoral -y ganamos por ese camino-, que muchos no compartían, fundamentalmente como consecuencia del pensamiento generado en este Continente, después de la revolución cubana, y con la asimilación, un poco equivocada, de la divulgación de tácticas, en función de la interpretación que hacen los que escriben sobre ellas. Nos hemos encontrado en muchas partes, y ahora se ha dejado un poco, la idea del foquismo, de la lucha guerrillera o del ejército popular.

Yo tengo una experiencia que vale mucho. Yo soy amigo de Cuba; soy amigo, hace 10 años, de Fidel Castro; fui amigo del comandante Ernesto “Ché” Guevara. Me regaló el segundo tomo de su libro Guerra de Guerrillas; el primero se lo dio a Fidel. Yo estaba en Cuba cuando salió, y en la dedicatoria que me puso dice lo siguiente: “A Salvador Allende, que por otros medios trata de obtener lo mismo”. Si el comandante Guevara firmaba una dedicatoria de esta manera, es porque era un hombre de espíritu amplio que comprendía que cada pueblo tiene su propia realidad; que no hay receta para hacer revoluciones. Y por lo demás, los teóricos del marxismo -y yo declaro que soy un aprendiz tan sólo, pero no niego que soy marxista- también trazan con claridad los caminos que pueden recorrer frente a lo que es cada sociedad, cada país.

De allí, entonces, que es útil que la juventud, y sobre todo la juventud universitaria, que no puede pasar por la Universidad al margen de los problemas de su pueblo, entienda que no puede hacerse del balbuceo doctrinario la enseñanza doctrinaria; de entender que el denso pensamiento de los teóricos de las corrientes sociológicas o económicas requiere un serio estudio; que si es cierto que no hay acción revolucionaria sin teoría revolucionaria, no puede haber la aplicación voluntaria o

la interpretación de la teoría adecuándola a lo que la juventud o el joven requiere. Que tiene que mirar lo que pasa dentro de su país y más allá de la frontera, y comprender que hay realidades que deben ser meditadas y analizadas.

Cuando algunos grupos en mi patria, un poco más allá de la Unidad Popular, en donde hay compañeros jóvenes en cuya lealtad revolucionaria yo creo, pero en cuya concepción de la realidad no creo, hablan, por ejemplo de que en mi país debería hacerse lo mismo que se ha hecho en otros países que han alcanzado al socialismo, yo les he hecho esta pregunta en voz alta: ¿Por qué, por ejemplo, un país como es la República Popular China, poderoso país, extraordinariamente poderoso país, ha tenido que tolerar la realidad de que Taiwan, o sea Formosa esté en manos de Chiang Kai-Shek? ¿Es que acaso la República Popular China no tiene los elementos bélicos, por así decirlo, lo suficientemente poderosos para haber, en dos minutos, recuperado Taiwan, llamado Formosa? ¿Por qué no lo ha hecho? Porque, indiscutiblemente, hay problemas superiores de la responsabilidad política; porque el proceder así colocaba a la República Popular China en el camino de una agresión que podría haber significado un daño para el proceso revolucionario, y quizá una conflagración mundial.

¿Quién puede dudar de la voluntad de acción, de la decisión, de la conciencia revolucionaria de Fidel Castro?

¿Y por qué la Bahía de Guantánamo no la ha tomado? Porque no puede ni debe hacerlo, ni debe hacerlo, porque expondría a su revolución y a su patria a una represalia brutal.

Entonces, uno se encuentra a veces con jóvenes, y los que han leído el Manifiesto Comunista, o lo han llevado largo rato debajo del brazo, creen que lo han asimilado y dictan cátedra y exigen actitudes y critican a hombres que, por lo menos, tienen consecuencia en su vida. Y ser joven y no ser revolucionario es una contradicción hasta biológica; pero ir avanzando en los caminos de la vida y mantenerse como revolucionario, en una sociedad burguesa, es difícil.

Un ejemplo personal: Yo era un orador universitario de un grupo que se llamaba Avance; era el grupo más vigoroso de la izquierda. Un día se propuso se firmara, por el grupo Avance, un manifiesto -estoy hablando del año 1931- para crear en Chile los soviets obreros, campesinos, soldados y estudiantes. Y yo dije que era una locura, que no había ninguna posibilidad, que era una torpeza infinita y que no quería, como estudiante, firmar algo que mañana, como un profesional, no iba a aceptar.

Eramos 400 los muchachos de la Universidad que estábamos en el grupo Avance, 395 votaron mi expulsión; de los 400 que éramos, solo dos quedamos en la lucha social. Los demás tienen depósitos bancarios, algunos en el extranjero; tuvieron latifundios -se los expropiamos-; y tenían acciones en los bancos -también se los nacionalizamos-; y a los de los monopolios les paso lo mismo. Pero en el hecho, dos hemos quedado; y a mi me echaron por reaccionario; pero los trabajadores de mi patria me llaman “el compañero presidente”.

Por eso, el dogmatismo, el sectarismo, debe ser combatido; la lucha ideológica debe llevarse a niveles superiores, y eso sí que es importante. El dialogo, la discusión, pero la discusión para esclarecer, no para imponer determinadas posiciones. Y, además, el estudiante universitario que tiene una postura doctrinaria y política, fundamentalmente, tiene que no olvidarse de que precisamente la Revolución necesita los técnicos y los profesionales.

Ya Lenin lo dijo -yo he aumentado la cifra para impactar más en mi patria-, Lenin dijo que un profesional, un técnico, valía por 10 comunistas; yo digo que por 50 y por 80 socialistas. Yo soy socialista. Les duele mucho a los compañeros míos que yo diga eso; pero lo digo, ¿por qué? porque he vivido una politización en la Universidad, llevada a extremos tales que el estudiante olvida su responsabilidad fundamental; pero una sociedad donde la técnica y la ciencia adquieren los niveles que ha adquirido la sociedad contemporánea, ¿como requerir precisamente capacidad y capacitación a los revolucionarios? Por

lo tanto, el dirigente político universitario tendrá más autoridad moral, si acaso es también estudiante universitario.

Yo no le he aceptado jamás a un compañero joven que justifique su fracaso porque tiene que hacer trabajos políticos; tiene que darse el tiempo necesario para hacer los trabajos políticos, pero primero están los trabajos obligatorios que debe cumplir como estudiante de la Universidad. Ser agitador universitario y mal estudiante, es fácil; ser dirigente revolucionario y buen estudiante, es más difícil. Pero el maestro universitario respeta al buen alumno, y tendrá que respetar sus ideas, cualesquiera que sean.

Por eso es que la juventud contemporánea, y sobre todo la juventud de Latinoamérica, tiene una obligación contraída con la historia, con su pueblo, con el pasado de su patria. La juventud no puede ser sectaria; la juventud tiene que entender, y nosotros en Chile hemos dado un paso trascendente: la base política de mi gobierno esta formada por marxistas, por laicos y cristianos, y respetamos el pensamiento cristiano; interpreta el verbo de Cristo, que echó a los mercaderes del templo.

Claro que tenemos la experiencia de la Iglesia vinculada al proceso de los países poderosos del capitalismo e, incluyendo, en los siglos pasados y en la primera etapa de éste, no a favor de los humildes como los planteaba el maestro de Galilea; pero si, los tiempos han cambiado y la conciencia cristiana esta marcando la consecuencia por el pensamiento honesto; en la acción honesta, los marxistas podemos coincidir en etapas programáticas como pueden hacerlo los laicos y lo hemos hecho en nuestra patria -y nos está yendo bien-, y conjugando una misma actitud y un mismo lenguaje frente a los problemas esenciales del pueblo.

Porque un obrero sin trabajo, no importa que sea o no sea marxista, no importa que sea o que no sea cristiano, que no tenga ideología política; es un hombre que tiene derecho al trabajo -y debemos dárselo nosotros-. Por eso el sectarismo, el dogmatismo, el burocratismo que congela las revoluciones, y

ese es un proceso de concientización, que es muy profunda y que debe comenzar con la juventud; pero la juventud esta frente a problemas que no son solo económicos, sino son problemas que lamentablemente se manifiestan con mayor violencia destructiva en el mundo contemporáneo.

El escapismo, el drogadismo, el alcoholismo -¿cuántos son los jóvenes, de nuestros jóvenes países, que han caído en la mariguana que es más barata que la cocaína y más fácil de acceso- ¿pero cuantos son los jóvenes de los países industrializados? El porcentaje, no sólo por la densidad de la población, sino por los medios económicos es mucho mayor.

¿Qué es esto, qué significa, por qué la juventud llega a eso? ¿Hay frustración? ¿Cómo es posible que el joven no vea que su existencia tiene que tener un destino muy distinto al que escabulle su responsabilidad?

¿Cómo un joven no va a mirar, en el caso de México, a Hidalgo o a Juárez, a Zapata, o a Villa, o a Lázaro Cárdenas? ¿Cómo no entender que esos hombres fueron jóvenes también, pero que hicieron de sus vidas un combate constante y una lucha permanente?

¿Cómo la juventud no sabe que su propio porvenir esta cercado por la realidad económica que marca los países dependientes? Porque si hay algo que debe preocuparnos, también a los gobernantes, es no seguir entregando cesantes ilustrados a nuestra sociedad.

¿Cuantos son los miles de jóvenes que egresan de los politécnicos o de las universidades que no encuentran trabajo? Yo leí hace poco un estudio de un organismo internacional importante, que señalaba que para América Latina, en el final de esta década, se necesitaban -me parece- cerca de seis millones de nuevas ocupaciones, en un continente en donde la cesantía marca los niveles que yo les he dicho. Los jóvenes tienen que entender, entonces, que están enfrentados a estos hechos y que deben contribuir a que se modifiquen las condiciones materiales, para que no haya cesantes ilustrados, profesionales con

títulos de arquitectos sin construir casas, médicos sin atender enfermos, porque no tienen los enfermos con qué pagarle, cuando que lo único que faltan son médicos para defender el capital humano, que es lo que más vale en nuestros países.

Por eso, repito -y para terminar mis palabras- pidiendo excusas a ustedes por lo excesivo de ellas- que yo soy un hombre que pasó por la Universidad; he aprendido mucho más de la Universidad de la vida: he aprendido de la madre proletaria en las barriadas marginales; he aprendido del campesino, que sin hablarme, me dijo la explotación más que centenaria de su padre, de su abuelo o de su tatarabuelo; he aprendido del obrero, que en la industria es un número o era un número y que nada significaba como ser humano, y he aprendido de las densas multitudes que han tenido paciencia para esperar.

Pero la injusticia no puede seguir marcando, cerrando las posibilidades del futuro a los pueblos pequeños de éste y de otros continentes. Para nosotros, las fronteras deben estar abolidas y la solidaridad debe expresarse con respecto a la autodeterminación y la no intervención, entendiendo que puede haber concepciones filosóficas y formas de gobierno distintas, pero que hay un mandato que nace de nuestra propia realidad que nos obliga -en el caso de este Continente- a unirnos; pero mirar más allá, inclusive, de América Latina y comprender que en Africa hay todavía millones y millones de seres humanos que tienen una vida inferior a la que tienen los más postergados y preteridos seres de nuestro Continente.

Hay que entender que la lucha es solidaria en escala mundial; que frente a la insolencia imperialista sólo cabe la respuesta agresiva de los países explotados.

Ha llegado el instante de darse cuenta cabalmente que los que caen luchando en otras partes por hacer de sus patrias países independientes, como ocurre en Vietnam: caen por nosotros con su gesto heroico.

Por eso, sin decir que la juventud sera la causa revolucionaria y el factor esencial de las revoluciones, yo pienso que la

juventud por ser joven, por tener una concepción más diáfana; por no haberse incorporado a los vicios que traen los años de convivencia en nuestros días -burguesa- porque la juventud debe entender que debe ser estudiante y trabajadora; porque el joven debe ir a la empresa, a la industria o a la tierra. Porque ustedes deben hacer trabajos voluntarios; porque es bueno que sepa el estudiante de medicina cuanto pesa un fardo que se echa a la espalda el campesino que tiene que llevarlo, a veces, a largas distancias; porque es bueno que el que va a ser ingeniero se meta en el calor de la maquina, donde el obrero a veces, en una atmósfera inhóspita, pasa largos y largos años de su oscura existencia; porque la juventud debe estudiar y debe trabajar, porque el trabajo voluntario vincula, amarra, acerca, hace que se compenetre el que va a ser profesional con aquel que tuvo por herencia las manos callosas de los que, por generaciones, trabajaron la tierra.

Gracias, presidente y amigo por haberme dado la oportunidad de fortalecer mis propias convicciones, y la fe en la juventud frente a la actitud de ustedes.

Gracias por comprender el drama de mi patria que es como dijera Pablo Neruda, un Vietnam silencioso: no hay tropas de ocupación ni poderosos aviones nublan los cielos limpios de mi tierra; pero estamos bloqueados económicamente, pero no tenemos créditos, pero no podemos comprar repuestos, pero no tenemos como comprar alimentos y nos faltan medicamentos, y para derrotar a los que así proceden, sólo cabe que los pueblos entiendan quiénes son sus amigos y quiénes son sus enemigos.

Yo sé, por lo que he vivido, que México ha sido y será -gracias por ello- amigo de mi patria.

Guadalajara, Jalisco, diciembre 2 de 1972.

Auditorio del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades hoy Auditorio "SALVADOR ALLENDE"

Sobre el Discurso de Parque Norte del Presidente Raúl Alfonsín del 1/12/1985¹

Mario Leandro Casás² | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 629-639

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e292>

Recuerdo que en mi adolescencia, con mis compañeros y como estudiantes del Colegio Nacional de San Nicolás de los Arroyos, mi pueblo, seguíamos con serena y apasionada expectativa y enfrentando a la realidad agresiva y desafiante de la época, a un conocido político, honesto y patriota, al que muchos de nosotros acompañamos hasta el fin de su vida.

De las tantas cosas que aprendimos de él, destaco una frase que no he podido olvidar y que decía: *Un hombre, para no equivocarse, tiene que saber siempre donde se encuentra.*

Hoy yo puedo repetir como él, que tengo la emoción de los que saben dónde están, porque hoy aquí, estoy como en mi propia casa, pero esta vez, honrado por una amigable invitación que me enaltece por su jerarquía, por la importancia del acontecimiento que provoca cual es la presentación del N° 9 de la que con toda modestia llaman REVISTA *Derechos en Acción*, y fundamentalmente, por la trascendencia de este querido Presidente Constitucional que estamos recordando, a través del que fue uno de sus mas culminantes mensajes.

Yo fuí a estudiar Veterinaria a La Plata, apenas terminé el bachillerato. Era común, en esas épocas, para la gente del interior del país, que se eligiera esa ciudad ya que se consideraba a

¹ Conferencia dictada en la presentación del Número 9 de ReDeA en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Médico Veterinario. Doctor en Ciencias Veterinarias. Universidad Nacional de La Plata.

Buenos Aires demasiado tumultuosa y con muchas tentaciones para los jóvenes inexpertos.

Trato ahora, por un instante, que mi vida recupere lo que ese tiempo ha borrado: esos horizontes ciertos sin cambios en la perspectiva y en el universo universitario de la Universidad de la Reforma Universitaria, manifiesto sublime que abrió la universidad, gratuita y laica, no solo a nuestro pueblo sino a todos los pueblos de América, recogiendo su sangre y su abolengo.

Y vengo, como digo, de los pagos de los Arroyos, *del pueblo del acero y del agua bendita*, de las glorias de Azopardo, de Pavón y de Cepeda, del Acuerdo de Urquiza después de su Pronunciamiento, de los matorrales llenos de belleza de sus Lechiguanas y de sus isleros en el Paraná de Obligado y donde sobraron los matrereros, los facones, las tacuaras, las copas y guitarras, que hicieron las tinieblas del pueblo de *Hormiga Negra*, con sus sombras en sus zanjones orilleros, con sus ponchos, sus chambergos, sus tabas y barajas.

En San Nicolás a todos nos atraía mucho la historia y claro, pasábamos todos los días por la puerta del *Museo de la Casa del Acuerdo* al que visitamos tantas veces y veíamos sus objetos, sus cuadros y sus documentos y equitativo resulta que recuerde, reverentemente, ya que varios de Ustedes son constitucionalistas, que por esa vieja Casa pasó el santiagueño José Benjamín Gorostiaga, el de Chivilcoy, que fué amigo de don Leandro Alem y cuando el General Urquiza, junto al Vicepresidente Derqui, lo designó su Ministro del Interior, habiendo ocupado después otros honrosos cargos, en la República naciente.

Y al ver nada menos que en la tapa del N° 9 de la Revista que hoy presentan, el escudo de la Universidad en la que me gradué y a la que tanto le debo, con sus hojas de roble que nimban, en la Cruz del Sur, el espíritu de Rafael Hernández y del gran realizador y fundador Joaquín V. González, noto que mi vida hoy aquí recupera lo que ha borrado el tiempo, los rostros, las miradas, los lugares y el desconuelo por mis queridos muertos escrito en dura piedra.

Sobre el Discurso del Presidente Raúl Alfonsín del 1/12/1985 | Mario L. Casás

Yo no acepté el ofrecimiento de ser Secretario General de esa Universidad. Un colega mío, que a su vez era amigo personal del Dictador que comandaba el llamado *Proceso de Reorganización Nacional*, había sido elegido Presidente de la Universidad Nacional de La Plata y pensó en mi, ese 1976, para acompañarlo.

A su vez me ofreció a que lo ayudase en la Presidencia del Consejo de Rectores de Universidades Nacionales, cargo que también ostentaba.

Él preveía mi negativa a raíz que conocía mi miitancia en un Partido Político pero pensó, quizá con razón, que yo tal vez podría facilitar el diálogo y la convivencia, en los oscuros tiempos que se avecinaban.

Este colega, ya fallecido, presidió la Universidad y el Consejo de Rectores, desde 1976 hasta el advenimiento de la democracia, en 1983.

Siempre quedó en mí, como un enigma, si mi injerencia desde la Secretaría General y desde el Consejo de Rectores hubiesen evitado, no solamente en La Plata, actos de intrigas, denuncias y delaciones que afectaron a los derechos humanos de la comunidad universitaria en esos oscuros años de terror y de plomo.

Igualmente es mi incógnita si mi actuación hubiera podido morigerar en algo tamaño desastre.

Por ello saludo con entrañable afecto a los distinguidos docentes platenses que nos acompañan.

Las circunstancias de mi ya larga vida me han hecho incurionar, tibiamente, en el periodismo.

Fui varios años, hasta su desaparición, Director de la *Revista de Agronomía y de Veterinaria* una publicación de López, Libreros-Editores, propietarios también de *La Prensa Médica Argentina*, en la calle Junín 845, frente a la Facultad de Medicina. Allí, desde 1914, se publicaba, en papel, esta revista científica tan importante para la medicina argentina.

Asimismo editábamos *Prensa Universitaria*, en formato *tabloid* para lo cual contábamos con una rotativa formidable, que con bobinas, producía y doblaba, con gran velocidad, una enorme cantidad de ejemplares.

Una idea del querido editor, que también era mía, era producir un diario de distribución gratuita, llamado *La Prensa Agraria Argentina*, con alcance nacional, y desde donde íbamos a difundir ideas progresistas, acerca de *la reforma agraria inmediata y profunda* que sosteníamos en esas épocas, fundamentos del cooperativismo y otras formas de asociativismo agrario, como así también progresos en la prevención de enfermedades de los animales, nuevos métodos de labranza, la adaptación de los nuevos híbridos en la naciente avicultura industrial de ese tiempo, sus contratos de integración vertical también para nuestros tambos y los productores de alimentos balanceados y tantos proyectos e ideas para el lanzamiento.

Pero un día, un triste día, de principios del ya convulsionado 1975 nos colocaron una bomba en la imprenta y el editor y su familia debieron irse del país.

Con él se fue el plan y su intención. Nunca más pude resucitarlo y la máquina soñada, esa rotativa hechizante y mágica, fue desarmada y vendida.

Por eso, por mi frustrada experiencia en estas artes, al ver hoy esta presentación de lo que tan humildemente llaman Revista, me permito rectificarlos y señalarles que por su contenido y la diversidad de sus temas que también incluyen a la actividad agraria, por su nivel y por su cuidado gráfico, ¡más que una revista, este número 9° de *Derechos en Acción*, es un Libro de Cabecera!

Cuando me brindaron el privilegio de invitarme a esta presentación de este Noveno Número de *Derechos en Acción*, y que debía hacerlo ante tantos abogados prestigiosos, me vino a la memoria cuando yo era estudiante en tiempos que presidía la Universidad Nacional de La Plata el Profesor José Peco, el célebre autor del *Tratado acerca de la Reforma del Código Penal*

Argentino. El brillante Decano de mi Facultad, a su vez Vicepresidente del Consejo Superior, Profesor Constantino Brandariz, improvisadamente lo llevó a conocer las instalaciones de la Casa de Estudios y le pidió que nos dijera unas palabras.

Con la humildad de los grandes el Dr. Peco, que fue Decano de esta facultad de Derecho, que había sido Diputado de la Nación y falleció siendo nuestro Embajador en Austria, designado por el Presidente Illia, se preguntó, en voz alta, que podía decirnos un abogado a nosotros, futuros veterinarios, referido a la actividad en la que habríamos de desempeñarnos en el futuro.

Trajo entonces, con la capacidad de un maestro, la figura de un jurista español que estudió en Oviedo, polifacético autor del *Delincuente honrado*, gran amigo del pintor Francisco de Goya y creador, en 1804, de la *Introducción de la Ley Agraria en el Principado de Asturias*.

Nos contó el Dr. Peco cosas que aún recuerdo no obstante que ha pasado más de medio siglo de lo que les relato: que Jovellanos creó la Escuela de Mineralogía y Náutica en Guijón, uno de los más antiguos centros educativos de enseñanza media en España-; que fué Embajador del Reino de España en Rusia, destacadísimo cargo para la época además que, quizá lo más importante, llegó a desempeñarse en El Escorial, durante solo nueve meses, como *Ministro de Gracia y Justicia* del Rey Carlos IV, enfrentando al intrigante Primer Ministro Manuel de Godoy.

Jovellanos reformó nada menos que el Sacro Tribunal de la Inquisición, el de los monjes ociosos, como los calificó el Dr. Peco en aquella conferencia inolvidable.

El Rey Carlos IV registra, entre los logros de la época (a consecuencia de Jovellanos) el fomento de la Agricultura. Nadie, antes que Jovellanos, vio que el porvenir de España residía en la riqueza de sus campos bien labrados.

Salvando el tiempo y la distancia y, sobretodo, la capacidad y estatura intelectual del Dr. José Peco de la que a todas luces carezco, me toca hoy a mi preguntarme ¿Qué puede transmitir a Ustedes, señores abogados, este antiguo Centauro, este oscuro

y por ahí veterinario rural y de los frigoríficos y que, ya viejo y sin fuerza para nada, hoy ya tiene los ojos chiquitos de tanto mirar al sol y a la noche oscura?.

Decirles simplemente que, hace treinticinco años, en una cálida tarde de febrero, me llamó telefónicamente Richard Pueyredón, buen amigo y Director Nacional de Ceremonial, para decirme que el Presidente Alfonsín quería hablar conmigo y que podía recibirme de inmediato.

Yo integraba, en ese tiempo, la Convención del Partido Gobernante.

A principios de 1984 ser llamado por indicación del Dr. Alfonsín para una entrevista directa con él, era fascinante para cualquier ciudadano ya que el momento provocaba una atracción tan favorable en todos nosotros que, inusitadamente, aceptábamos el compromiso, -casi una obligación-, como si nos convocara un talismán para una conjura.

Y así fue realmente y me pidió que lo acompañara en su Gobierno, ayudando a conducir el *Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria*, más conocido como INTA.

Y allí estuve hasta que volví a la Casa Rosada y le dejé mi renuncia en sus manos,-estaba acompañado por el Vicepresidente Martínez-, los primeros días de julio de 1989.

La entrevista que tuve a solas con el nóvel Presidente fue para mi inolvidable ya que noté de inmediato que conocía intensamente al INTA, organización que me era muy familiar por mi anteriores actividades en un laboratorio extranjero, que producía antibióticos para uso veterinario y un herbicida con altísima penetración en el mercado de la soja.

El Presidente tenía un claro proyecto de impulsarlo, basándose en un trípode que era *la descentralización operativa, la integración y la participación en el manejo* del Instituto.

Sostuvo que si yo aceptaba el cargo que me estaba ofreciendo, era para llevar a cabo esos movimientos y tratando de conseguir que el Instituto, con sus cinco mil empleados, propusiera una clara y definida Política Agropecuaria Nacional, contemplando,

entre otros paradigmas, a los recursos sustentables y a las economías regionales, para conseguir un Estado eficiente y con una riqueza sectorial articulada y altamente competitiva.

Señaló que el INTA no podía seguirse manejando desde Buenos Aires y era menester descentralizarlo, integrándolo en regiones haciendo participar a los productores y sus asociaciones, a los técnicos locales, a las Universidades de cada región y a la comunidad científica.

Pero para ello resultaba imprescindible dotarlo de recursos económicos para lo cual iba a elevar un proyecto de Ley al Congreso Nacional a fin que se sancionara que debían ingresar al INTA el uno y medio por ciento del valor del total de las exportaciones agropecuarias, el que sería administrado en forma autárquica bajo el control del entonces Tribunal de Cuentas de la Nación.

Fácilmente imaginarán que, ante tal exposición, era imposible negarme a acompañar a todo un estadista.

En ese momento se me había ofrecido también, ser director operativo de un importantísimo laboratorio norteamericano radicado en Buenos Aires pero, coincidentemente, tenía a mis dos únicos hijos en plena adolescencia. Ambos, que cursaban el bachillerato en la escuela pública, simpatizaban con el nuevo gobierno y estaban entusiasmados con la vuelta a la democracia, que no habían conocido.

Vino entonces a mi memoria una película que yo había visto hacía tiempo y que se llamaba *¿Qué hiciste vos en la guerra, papá?*, una comedia bélica desarrollada en Sicilia con James Coburn y música de Henry Mancini.

El temor que alguna vez mis hijos me enrostraran esa frase, era tremendo para mí y tomé la decisión que no fue fácil ya que la diferencia económica entre ambas asignaciones era abismal.

Nunca he vuelta a tocar ese tema con ellos, que ya tienen más de cincuenta años y han constituidos sus familias brindándome cinco nietos increíbles.

La atracción que ejercía el Presidente en ese momento y que pude comprobar en los viajes en que tuve el honor de acompañarlo, era sorprendente.

Sus respuestas, su espontaneidad, su simpatía, su sencillez, pero a la vez su energía, daban la impresión que colocaba piedra sobre piedra como un maestro artífice de la hermosura, de lo elegido, de lo selecto, de lo ecléctico.

En este caso el gallego se transformaba en un florentino renacentista armando sus frisos y sus cúpulas, sus frontispicios fastuosos y sus mansardas elegantes que atisban el infinito.

Yo cumplí mi trabajo, usé todas las habilidades que creí tener, escuché con atención a los que sabían y empleé todos los medios lícitos para conseguir los objetivos propuestos por el Presidente.

Los importantísimos recursos con que se dotó al INTA permitieron construir laboratorios, rearmar las Estaciones Experimentales, reequipar la flota, becar a 330 jóvenes técnicos con sus familias algunos de los cuales estuvieron especializándose en destacados centros científicos de Europa y de Estados Unidos, previa firma de un contrato que, a su regreso, los comprometía a permanecer en el Instituto durante un mínimo de cinco años.

Firmamos un convenio con el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco de la Nación y ejecutamos la confección del *Mapa de Suelos* por el cual se ha evaluado cada hectárea de nuestro territorio a fin de poder recomendar, a cada productor agropecuario, cual es la mejor explotación que se adapta al mismo.

Visité a casi todos los gobernadores, me hice amigo de muchos de sus Ministros de Agricultura, me nombraron Secretario del Consejo Federal Agropecuario, descentralizamos al INTA y mal que le pesara a algún *unitario* que siempre queda, los Consejos Regionales manejaron su propio presupuesto y produjeron la recomendación de cuál era la tecnología que había que aplicar en cada zona del país.

En los primeros años del Gobierno me tocó vivir, una vez con el Ministro Conrado Storani en una cena en un importante Hotel de esta Ciudad en donde debimos reaccionar con cierta

violencia en nuestras palabras, y otras en algunas de las exposiciones rurales del interior, ciertas indirectas y resquemores referidos a la necesidad real y oportunidad de haber enjuiciado a los integrantes de las Juntas Militares.

El clima que notábamos a partir de abril de 1985 después que la Justicia comenzó a ejecutar el Decreto N° 158/83 dictado por Presidente a cinco días de haber asumido e iniciando los juicios, era enrarecido en algunos sectores.

Los que veíamos con frecuencia al Dr. Alfonsín estábamos preocupados por su seguridad y cualquier actitud nos alertaba y nos traía el desasosiego que algo desagradable podía ocurrirle.

Así en una oportunidad, me tocó atender y acompañar, en su nombre y a lugares que su tiempo no se lo permitía, la Visita de Estado del primer Presidente de la República de Cabo Verde, Arístides María Pereira, un socialista que había bregado por la independencia de ese país africano y que también hizo lo propio con la independencia de Guinea.

El Presidente me explicó que era un luchador de mucha ascendencia ante países tan pobres que bregaban por su libertad, los que le tenían un gran respeto y dada la proximidad de una elección clave en la Causa de Malvinas cuyo voto favorable ya había adelantado, era oportuno que le transmitiéramos el reconocimiento del Gobierno.

Con tal motivo acompañé al Presidente a recibirlo en el Sector Militar del Aeroparque. Me ubicaron detrás de él y el Canciller junto al Edecán y al que sería mi acompañante en las jornadas siguientes, el después embajador Abel Posse, un integrante de nuestro Servicio Exterior.

Cuando se produjo el arribo, antes que la fanfarria iniciara las interpretaciones de los himnos, se dispararon los veintiún tradicionales cañonazos.

El detonante desprendió mucho humo y el Presidente se dio vuelta y le dijo al Edecán en tono enérgico: *“Le pusieron mucha pólvora a las cargas”* recibiendo, de su parte, un lacónico: *“Si señor Presidente”*.

Rápidamente interpreté que el hecho no revestía casualidad sino que era una de las tantas “travesuras” que le tendían con frecuencia, quizá desafiando quien tenía el poder. Al comentarlo con otros funcionarios, todos vimos la mala intención en la circunstancia vivida.

Un año después el Presidente me designó para atender a otro visitante ilustre: el Presidente de la también africana República de Mozambique, Joaquín Alberto Chissano, en Visita de Estado, y la ceremonia de recepción fue idéntica pero los cañones atronaron sin lanzar tanto humo.

Los Comandantes ya habían sido condenados.

Yo, por supuesto, estuve en Parque Norte ese domingo 1° de diciembre de 1985 y sentí la vibración espiritual que provocó, en todos los presentes, la *Convocatoria para una Convergencia Democrática* expuesta por Presidente ante los integrantes del, -en ese momento casi centenario Partido-, donde los valores de modernización se entrelazan con los éticos.

Lo que acabo de transmitirles y que me dijo cuando me ofreció ser un funcionario de segundo o tercer nivel de su flamante Gobierno, son las mismas ideas-fuerza que constituyen la ecuación con las incógnitas que nos transmitió en esa oportunidad en Parque Norte y que Ustedes hidalgamente han recogido en la Revista: *integrar, modernizar, participar, descentralizar, abrir el juego, agrandar los espacios de libertad, de bienestar y de relación humana consiguiendo que cada argentino posea el poder de opinión, el poder de decisión y el poder de construcción, convirtiéndose en el Sujeto Democrático, el de la legitimidad del disenso, aceptando las reglas básicas de la convivencia social, del respeto a las diferencias y del pluralismo.*

Este elocuente discurso del Presidente Alfonsín le puso color al pensamiento y consiguió asirlo, asediarlo y, lo que es más importante: transmitirlo. Un Presidente en serio, clarividente y rico de humilde paz, modesto, sin soberbia. Un maestro que hace enorgullecer a quienes fuimos sus colaboradores. Un luchador formador de juventudes.

Sobre el Discurso del Presidente Raúl Alfonsín del 1/12/1985 | Mario L. Casás

Al igual que el Presidente Yrigoyen desarrolla, en el mismo, la concepción pluralista del Estado y la doctrina de eticidad del derecho que han de renovar los planteamientos federalistas y las definiciones morales de la democracia argentina tras los destinos perseguidos.....

...Porque si algún día hubiesen muerto/ los destinos perseguidos / los fogones extinguidos y los potreros desiertos / los batallones inciertos de los gauchos que se han ido ¡Van a volver del olvido, para tenernos despiertos!

SECCIÓN ESPECIAL: A 70 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1949



El mar de los migrantes

Inmenso, inabarcable,
Delante de sus ojos, ahí está
Tan imponentemente bello
¡Qué triste!
Ellos no lo pueden ver.
Tremendo, inexorable,
Allí se lanzan, no se deben detener.
No tienen miedo,
Lo que detrás dejan los preparó sin querer.
Impertinentes, despojados
En su abrazo se sumergen
Sin dudarle un instante,
Y con los corazones lastimados
Prefieren ese final
Paradoja brutal,
De no llegar a destino
Pero sostener su dignidad
El mar les devuelve libertad.

Autora: Florencia Ronco

Arte de la portada: Eleonora Burry

A 70 años de la Constitución de 1949. Su plena vigencia conceptual

*Carlos Raimundi*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 643-649

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e293>

I. Introducción

El último 9 de marzo se cumplieron 70 años de la promulgación de la Constitución Nacional de 1949. Se trata de una cuestión de absoluta actualidad, por lo vigente de la necesidad de construir un marco institucional de profundo contenido humanista, social, comunitario, que es lo que expresa la doctrina social a la que pertenece esa Constitución. Es un tema cuya importancia no sólo se sostiene sino que crece con el tiempo.

Indudablemente, relanzar la trascendencia de la Constitución de 1949 implica una toma de posición muy intensa en la batalla cultural. Se trata de retomar el sentido de sus grandes contenidos, de sus grandes ejes. Para lo cual hay que enfrentarse con el discurso liberal férreamente inculcado desde la segunda mitad del siglo XIX y sostenido hasta hoy, que es profundamente contradictorio. Porque nos habla de una Constitución que, según ese discurso liberal, había sido sancionada por una tiranía surgida -paradójicamente- de la voluntad mayoritaria del pueblo. Y que es resultado del estricto cumplimiento de todos los requisitos procesales establecidos por la Constitución de 1853. La Constitución de 1949 goza pues, de legitimidad democrática sustantiva porque hubo un fuerte respaldo popular y también legitimidad democrática procedimental.

¹ Abogado, profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Sin embargo, se la describe como una Constitución tiránica y facciosa. Y, por ese motivo, se la sustituyó entre 1956 y 1957, bajo la excusa de volver a una Constitución “democrática”, la de 1853. Pero se lo hace a través de un bando militar, seguido de una elección de constituyentes de la que estuvo ausente por proscripción la fuerza política mayoritaria. Estamos, pues, en una etapa de reconstrucción de legitimidad de la Constitución de 1949.

La ilegítima reforma constitucional de 1957 es una comprobación de la imagen que expresa Álvaro García Linera en cuanto a cómo los procesos populares se desarrollan por “oleadas”. Es decir, la marea sube, luego baja, pero siempre algo deja. Así, aquella reforma no tuvo más remedio que resumir los derechos sociales conquistados durante el primer peronismo, en el escueto artículo 14 bis que fue añadido. Es decir, el régimen militar pudo bombardear, fusilar y proscribir, pero no pudo quitar del alma de los trabajadores y trabajadoras argentinas el instituto del aguinaldo y otros derechos sociales. La marea bajó, pero algo dejó...

II. Presupuestos de legitimidad

Nuestra concepción sobre el constitucionalismo social en general y sobre la Constitución de 1949 en particular parte de ciertos presupuestos. El primero, es que una Constitución es la enunciación normativa de un modelo político. No existe Constitución que se limite a una arquitectura jurídica en abstracto, apta para ser aplicada indistintamente a cualquier modelo social y político. A un modelo liberal burgués corresponde un tipo de Constitución y a un modelo nacional y popular corresponde otro tipo de Constitución, no hay neutralidad posible. La pretendida equidistancia solicitada por el formalismo republicano liberal se convierte en un silencio pasivo que convalida la correlación de fuerzas del statu quo, y juega siempre a favor del poder dominante. Es como si alguien se vanagloriara, en nombre de la neutralidad, de no intervenir en una pelea callejera de cuatro contra uno.

El segundo presupuesto es que si consideramos históricamente agotado el modelo de acumulación con centro en el capital financiero globalizado, debemos considerar igualmente agotado el modelo institucional y de representación política que lo sostiene. Resulta contradictorio -como lo certifica la interrupción de los procesos populares latinoamericanos del siglo XXI- consolidar instituciones económicas no neoliberales a partir del modelo de representación política impuesto por el neoliberalismo.

El tercer presupuesto es la necesidad de reapropiarnos de la palabra República, y no entregarla al formalismo demoliberal. Para éste, la República es un sistema de mediaciones que se ha complejizado tanto con la evolución de las fuerzas económicas, que termina tergiversando y subvirtiendo la voluntad popular. Las decisiones políticas, aún aquellas tomadas por gobiernos surgidos del voto, suelen terminar siendo contrarias a la voluntad expresada por el votante. El pueblo vota, pero no decide. Por lo tanto, un concepto más sustancial de República es aquel que se refiere a la preocupación, la administración y el sentido en que se administran los bienes públicos, los bienes universales. El pleno empleo, el desarrollo del mercado interno, las paritarias, las Universidades populares, por poner pocos ejemplos, son instituciones profundamente republicanas.

El cuarto presupuesto es que no hay contradicción entre igualdad y libertad. Cuanto más alto es el nivel de igualdad, hay mayores herramientas para desarrollar la libertad individual. Lo que no existe es una fórmula universal y atemporal para combinar ambos principios, porque cada pueblo lo resuelve de acuerdo con su historia, su cultura, su realidad económico social. Se trata de una construcción histórica y social. Eso sí, cuanto mayores herramientas de igualdad tiene una sociedad, más cohesionada se encontrará y por lo tanto mejor predispuesta a que cada uno de sus integrantes desarrolle su propio plan de vida, es decir, haga ejercicio respetuoso, humanista y solidario de su libertad individual.

III. La Constitución liberal de 1853

¿En qué consiste la orientación liberal de la Constitución de 1853? En que responde a un modelo de época, signado por el liberalismo como doctrina filosófica y económica y por la burguesía como clase social en ascenso. A diferencia de los Estados Unidos, la Argentina no se constituye a partir de una burguesía productiva sino de una oligarquía terrateniente, que entreteje una alianza de clase con las fuerzas del orden. Y se consolida a través del proceso de modernización de carácter elitista, cuyos mayores ejecutores son Alberdi, Sarmiento, Mitre y Roca, pese a sus disidencias y sus disputas.

En el siglo XIX, la segunda revolución industrial determina una nueva división internacional del trabajo, entre Estados productores de materias primas y Estados que transforman esas materias primas, las comercian con valor agregado por el trabajo incorporado, y se convierten en potencias industriales. El continente americano vivió tres guerras civiles en esta etapa, que determinaron, según cómo se resolvió cada una, su inserción en esa división entre el desarrollo industrial y el subdesarrollo de la primarización. En los Estados Unidos, entre 1861 y 1865, tuvo lugar la guerra entre los estados del norte industrialista y los estados del sur agropecuario, y se definió en favor de los primeros. Así, aquel país se incorporó a la nueva fase del capitalismo como país industrial, con la ventaja respecto de Europa, que obtenía las materias primas dentro de su propio territorio, prefigurando su condición de liderazgo mundial.

Contemporáneamente con eso, América Latina sufre dos guerras civiles: la guerra contra el Paraguay, entre 1864 y 1870, en la que las tres oligarquías latifundistas del litoral argentino, el sur de Brasil y el Uruguay, derrotan el proyecto industrial encarnado por Gaspar Francia y los gobiernos de Carlos y Francisco Solano López. Y, entre 1879 y 1883, tiene lugar la guerra del Pacífico donde las empresas británicas financian a las tropas chilenas para anexar territorios del Perú, privar de la salida del mar a Bolivia y romper la confederación productiva

peruano boliviana. Estas dos guerras, a la inversa de lo sucedido en Norteamérica, ubican a nuestra región como productora de materias primas, lo cual con el tiempo irá ensanchando la brecha económica y tecnológica entre naciones industrializadas y subdesarrolladas, y al mismo tiempo reproducirá esa misma brecha a nivel de la desintegración social al interior de nuestros Estados. La brecha entre países ricos y pobres se apoyará en oligarquías internas que irán concentrando cada vez más la riqueza al servicio de los factores de poder externo.

En definitiva, aquellos principios políticos de libertad, igualdad y fraternidad enarbolados por la Revolución Francesa, cedieron ante los principios económicos de “laissez faire, laissez passer” (dejar hacer, dejar pasar), y terminaron por subordinar toda nuestra estructura constitucional al servicio de la propiedad privada de unas pocas familias.

IV. El contexto de la Constitución de 1949

Así como el siglo XIX corresponde a la burguesía y el liberalismo, la Constitución de 1949 se enmarca en el constitucionalismo social de la primera parte del siglo XX. Junto al proletariado industrial surgieron las primeras organizaciones sindicales, los partidos de raigambre socialista y las sucesivas Constituciones derivadas de esas nuevas ideas. La constitución mexicana sobrevenida a la revolución campesina de 1910 y la constitución socialdemócrata alemana son algunos de sus antecedentes. Pero la Constitución justicialista no traspola linealmente sus postulados, sino que los integra con la noción de Comunidad Organizada develada por Juan Perón en el Congreso de Filosofía de Mendoza y con el concepto de Tercera Posición en el plano geopolítico. El peronismo, como representación política de la clase trabajadora, añade a la estricta lucha de clases sostenida por el marxismo, la idea de la emancipación nacional, habida cuenta del neo-colonialismo que no era una cuestión central en Europa pero que sí afectaba duramente a los estados dependientes latinoamericanos. Una batalla emancipatoria en la

cual estarán comprometidos no sólo los trabajadores, sino otros sectores de la vida nacional. De todo ese plexo emanan las ideas de la función social de la propiedad, la propiedad pública de los recursos naturales y los sujetos colectivos de derechos como la niñez, la ancianidad y los trabajadores, en coexistencia con los derechos individuales.

V. Actualización de los principios de 1949

¿Cómo deberían actualizarse hoy esos principios? La tercera posición probablemente deba hacerlo en términos de erigir a nivel mundial un sujeto profundamente popular, humanista y democrático, frente a la desmesura irracional del capital financiero globalizado que es el sujeto neoliberal y lo que aparece como su contracara, sin serlo verdaderamente, que es el sujeto neofascista.

En el actual contexto regional y mundial, un nuevo modelo económico, social, político y cultural, de carácter nacional, popular, democrático, latinoamericanista y feminista, debe apoyarse en la distribución de la riqueza y la renta monopólica, y la dinamización de los factores productivos del mercado interno y regional.

Propongo, sólo a modo de ejemplo, los siguiente puntos.

La renta de origen agropecuario. El trabajo de los grupos económicos vinculados al agronegocio, ya sea desde la perspectiva de las semillas, los agroquímicos o la cadena exportadora, debe ser remunerado. Pero no debe confundirse ese trabajo realizado con la renta extraordinaria. Porque el trabajo podría ser el mismo en otras regiones del planeta y no obtener la misma renta, debido al rendimiento diferencial entre la fertilidad que distingue a nuestras pampas con la de otras regiones menos productivas. Es decir, la renta extraordinaria de la tierra no depende del trabajo en sí mismo únicamente, sino de las condiciones naturales, recurso que es de propiedad pública y no privada, y mucho menos monopólica. Por lo tanto, los grupos deben ser recompensados por su trabajo, pero es el

pueblo argentino el beneficiario de esa renta extraordinaria, que proviene de las condiciones naturales de nuestro territorio y le pertenece al Pueblo como sujeto colectivo.

La producción pública de aquellos medicamentos destinados a cubrir las patologías más comunes, debe disminuir sensiblemente el precio de los mismos y favorecer el acceso de vastos sectores del Pueblo.

La renta de los grandes oligopolios que manejan los servicios esenciales como el agua, el gas o la electricidad, debe adecuarse al principio de que se trata de derechos humanos fundamentales y no de bienes de mercado. Por lo tanto, ningún interés privado, por poderoso que sea, puede sobreponerse a una cuestión de orden público de esta jerarquía.

El derecho a la información es público y –de acuerdo con las nuevas tecnologías- se propaga por distintas vías pero siempre a través del espacio público. En consecuencia, si un derecho público se difunde a través de un espacio público, su administración debe ser pública. Por lo tanto, los permanentes saltos tecnológicos en esta materia deben volcarse en favor del principio democrático y republicano de la pluralidad de voces, y no ser propiedad privada de un puñado de grupos empresarios.

En definitiva, se trata de una serie de pinceladas históricas y conceptuales que justifican la plena vigencia de las ideas-fuerza que impulsaron la Constitución de 1949.

Por una Constitución que le sonría a las masas. Un análisis crítico de la Constitución de 1949

Mauro Benente¹ | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 650-666

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e294>

I. Introducción

Los procesos constituyentes de Venezuela en 1999, en Ecuador en 2008, y fundamentalmente en Bolivia entre el 2006 y el 2009, muestran una interesante novedad: organizaciones indígenas, sociales, campesinas y obreras encuentran en las Asambleas Constituyentes y las reformas constitucionales dispositivos y mecanismos para avanzar en un sendero emancipatorio.

Para quienes observamos al derecho desde la izquierda, la historia reciente de Nuestra América nos posiciona en la necesidad de pensar y construir un constitucionalismo de izquierdas. Para sorpresa de las izquierdas, los *excluidos de siempre*, como se autodenominaron las organizaciones indígenas y campesinas de Bolivia” (Pacto de Unidad, 2006: 2. Las itálicas me pertenecen), levantaban una bandera que *siempre* había estado asociada a las derechas, a las élites, a los sectores dominantes: la Asamblea Constituyente. Plantearon que sus demandas radicales, muchas de ellas asociadas a las históricas banderas de las izquierdas, sólo podían llevarse a la práctica si se desarrollaba una asamblea constituyente.

Que los *excluidos de siempre* enuncien sus demandas en términos de derechos, y sus exigencias se verbalicen con la

¹ Abogado, docente de la Facultad de Derecho de la UBA, investigador CONICET.

gramática de las asambleas constituyentes, representa un enorme desafío y una gran responsabilidad: pensar y definir los contornos de una Constitución que emancipe a *los excluidos y las excluidas de siempre*, no en su nombre sino junto con ellos y ellas.

En un contexto en el que la mayor parte de la producción teórica sobre el constitucionalismo está teñida de conservadurismo, o de liberal-conservadurismo, uno de los caminos, sin dudas no el único, para indagar y definir los contornos de una Constitución emancipatoria es revisar los procesos constituyentes de antaño. Según diré, una Constitución emancipatoria debe: I- articular una convención constituyente escandalosamente democrática; II- instaurar un sistema que habilite la constante democratización de la democracia y, III- avanzar en una domesticación de los poderes económicos. Es a la luz de estos tres criterios que analizaré el proceso constituyente y la Constitución de 1949.

II. Una reforma que “nace de la calle”, con “colorido popular y “sabor proletario”

En 1948 se presentaron seis proyectos de declaración de la reforma constitucional, y mediante la Ley N° 13233 se declaró la necesidad de la reforma. El proyecto fue debatido en la Cámara de Diputados los días 13 y 14 de agosto de 1948, y el 27 de ese mismo mes fue aprobado por la Cámara de Senadores. El 5 diciembre se desarrollaron las elecciones para convencionales constituyentes, el Partido Peronista obtuvo 61,3% de los votos, alcanzando 110 de las 158 bancas, mientras que la UCR obtuvo el 26,8% y llegó a los 48 convencionales, que abandonaron la Convención en la tercera sesión ordinaria (Benente, 2019: 289-291).

En el debate de la Ley N° 13233, en la Cámara de Diputados, Bagnasco sostuvo: “esta reforma no es un producto de laboratorio [...] ella nace de la calle, en favor de las masas que la reivindican como suya, que piden ver sus derechos reconocidos y garantizados en el presente y asegurados en el porvenir” (Bagnasco en Cámara de Diputados de la Nación [CDN], 1948: 2656). En el Senado, el ministro del Interior mencionaba que la reforma

“se hace con calor y colorido popular” (Ministro del Interior en Cámara de Senadores de la Nación [CSN], 1948: 1380). Finalmente, en la Convención Constituyente, Martín planteó que se trataba de una reforma “de sabor proletario” (Martín en Convención Nacional Constituyente [CNC], 1949: 548). En comparación con el proceso boliviano reciente, la de 1949 fue una reforma con menos calor popular y olor a proletario, pero muchos estaban allí sin más título que ser obrero.

La carencia de títulos para participar de una Asamblea Constituyente, esta voz de quienes históricamente no habían tenido voz, representa un *escándalo* para los sectores más conservadores, y una interesante lección democratizadora para quienes observamos los procesos constituyentes desde las izquierdas. Para Jacques Rancière, aquello que en general denominamos *política* debería llevar otro nombre: *policía*. Llamamos *política* a los mecanismos de agregación y consentimiento, a la organización de los poderes, a la distribución de las funciones y los dispositivos que la legitiman, pero Rancière propone utilizar el concepto de *policía* para aludir a este orden (Rancière, 1995: 51). Releyendo *Política* de Aristóteles y retomando una categoría desempolvada por Foucault, define a la *policía* como una administración de los contables y de las partes de la ciudad, que se limita a gestionar el recuento de quienes cuentan y el reparto de las partes. Como contrapartida, la *política* desplaza a los cuerpos de los lugares que tenían asignados, torna visible a quienes se encontraban invisibilizados, transforma en discurso aquello que era tenido como ruido.

De acuerdo con el orden *policial*, para gobernar resulta necesario poseer algún título: la pertenencia familiar, la riqueza, el conocimiento. Además, la “pendiente natural de la sociedad” tiende a que ella sea gobernada bajo la lógica de los inferiores por los superiores: “el orden ‘normal’ de las cosas es que las comunidades humanas se agrupan bajo el mandato de quienes tienen títulos para mandar” (2006a: 69). El primer título es el filiatorio, el segundo remite a la acumulación de riquezas, y la “evolución ‘normal’ de las sociedades es el pasaje del gobierno

del nacimiento al gobierno de las riquezas” (2006a: 69). La *política* no acompaña ese proceso, sino que implica su interrupción: es una anomalía que “existe como desviación respecto a esta evolución normal” (2006a: 69). Para el orden *policial*, cuyo gobierno depende de un título, la democracia es un *escándalo*: se apoya en “un título que se refuta a sí mismo” (2005: 47). Es un “‘gobierno’ anárquico, fundado sobre nada más que sobre la ausencia de título para gobernar” (2005: 48). La democracia representa “la indistinción primera de gobernante y gobernado, que se muestra cuando la evidencia del poder natural de los mejores, o de los mejores nacidos, se encuentra despojada de sus prestigios; la ausencia de título particular para el gobierno político de los hombres unidos, incluso precisamente la ausencia de título” (2005: 103).

En el marco de los debates parlamentarios y constituyentes, varios discursos enfatizaron el “sabor proletario” de la Convención, espacio históricamente ocupado por títulos habilitantes –en 1853, títulos militares, de abogado y clericales–. De esta manera, Vila Vidal –sindicalista del sector bancario– se preguntaba: “¿cuándo los gremialistas podíamos pensar encontrarnos en este honorable cuerpo tratando, con las más altas personalidades intelectuales y con auténticos obreros que componen esta histórica Asamblea Constituyente, las responsabilidades de la reforma de nuestra Carta Magna? Nunca, porque bien sabíamos que por no pertenecer a esa casta privilegiada no teníamos ninguna posibilidad de poder ocupar cargos” (Vila Vidal en CNC, 1949: 542).

Quienes históricamente habían estado ausentes, hablaban en primera persona. En muchos casos lucían su ausencia de título para participar, y en otros empuñaban títulos que representaban la ausencia de títulos: se tomó intervención en el debate como “obrero y trabajador” (González en CNC, 1949: 545), como “modesto obrero” (Giménez en CNC, 1949: 546), “con la emoción de argentino y obrero” (Paladino en CNC, 1949: 535), “como obrero y argentino” (Correa en CNC, 1949: 546), “como viejo militante del movimiento obrero” (Cruz en

CSN, 1948: 1423), como “hombre sencillo, como hombre de sentido común” (Soler en CSN, 1948: 1401), “como hombre de pueblo” (Celiz Díaz en CNC, 1949: 545), como parte de “los sumergidos [...] oprimidos [...] aquellos a quienes era negado todo mejoramiento” (Celiz Díaz en CNC, 1949: 546), como hombres “desprovistos de los resguardos técnicos” pero con “una enorme dosis de entusiasmo revolucionario” (Spachessi en CNC, 1949: 504). Remarcando la ausencia de conocimientos técnicos, pero subrayando su pertenencia de clase, Lema resumía todo lo anterior en estos términos: “no soy hombre de leyes ni conecedor de teorías jurídicas, y no porque yo no hubiera querido serlo. No he podido [...] Pero una vida de trabajo honrado es el mejor título para intervenir en este histórico debate” (Lema en CDN, 1948: 2695).

Si desde las izquierdas tenemos que delinear los contornos de los procesos constituyentes, inevitablemente debemos trazar líneas democráticas. Líneas que maximicen la participación, en especial la de aquellos y aquellas que históricamente han estado excluidos y excluidas; que subrayen el protagonismo de quienes carecieron y carecen de título para formar parte de los procesos constituyentes.² Pero además, el texto constitucional debe proveer los cimientos para ir más allá de los esquemas de la democracia representativa, temática sobre la que la Constituyente de 1949 no deja buenas enseñanzas.

IV. La (no) democratización de la “parte imponente” de la Constitución

En mayor o en menor medida, las tradiciones de izquierdas hacen propias, crítica o acriticamente, ciertas referencias de Marx, Engels y Lenin sobre el Estado. Aunque no puedo

² En la Convención de 1949 no participaron ni votaron las mujeres: el art. 4º de la Ley N° 13010, que en 1947 reconoció el derecho de las mujeres a votar, establecía que dentro de los dieciocho meses de su promulgación –prorrogables por otros seis–, el Poder Ejecutivo debía confeccionar el padrón electoral femenino. Las elecciones para convencionales se realizaron el 5 de diciembre de 1948, diecisiete meses después de la sanción de la ley.

detenerme en esta temática, no tomaré como punto de partida estas matrices clásicas, sino la relectura de un *socialismo democrático* proyectada por Nicos Poulantzas. En discusión con la teoría de la dualidad de poderes, Poulantzas sostenía que el objetivo del socialismo no debía ser la destrucción del Estado, sino el desarrollo de poderosas transformaciones para avanzar en una democracia representativa radicalizada, y articulada con prácticas de democracia directa. El desafío era “emprender una transformación radical del Estado articulando la ampliación y la profundización de las instituciones de la democracia representativa y de las libertades (que fueron también una conquista de las masas populares) con el despliegue de las formas de democracia directa de base y el enjambre de los focos autogestionarios” (1978: 283).

La propuesta de un *socialismo democrático* guarda aires de familia con una democracia entendida de modo *radical, revolucionaria, absoluta*, tal como Antonio Negri la construye a la luz de la obra de Spinoza, Maquiavelo y Marx. Primero opuso conceptualización de la democracia al Estado de derecho (Negri, 1993: 20), y luego vinculó la democracia *absoluta* con el poder constituyente (2015: 39, 54), oponiéndola al constitucionalismo: “democracia es de hecho una teoría del gobierno absoluto, mientras que el constitucionalismo es una teoría del gobierno limitado y, por lo tanto, limitando la práctica de la democracia” (2015: 28). Finalmente, en compañía de Hardt, enfrentó la democracia *absoluta y radical* a la representación (Hardt y Negri, 2004a: 280-282, 2004b, 2009: 304-306, 346-347) y a la soberanía (Hardt y Negri, 2004a: 374-377, 2004b). El trasfondo de estas oposiciones es una *ambivalencia* que atraviesa la democracia, por lo que resulta necesario distinguir entre la democracia como *régimen* o forma de gobierno, como “gestión de la unidad del Estado” (Negri, 2008: 151), y la democracia como *resistencia*, “como proyecto, como *praxis* democrática, como ‘reforma’ del gobierno” (Negri, 2008: 152). La democracia no es solo un *régimen* de elecciones periódicas, sino que su definición debe incorporar distintas modalidades

de *resistencia*, debe sumar el conjunto de prácticas tendientes a tornar más democrático al *régimen* democrático, a *democratizar* la democracia.

De acuerdo a lo anterior, desde las izquierdas debemos pensar a la democracia bajo un doble movimiento: por una parte, vinculando la democracia representativa con las lógicas de la democracia de base; por otra, apostando a que las prácticas de la democracia de base *democraticen* la democracia representativa, el *régimen* democrático.

En los debates de 1949, las discusiones sobre el tenor de la democracia aparecieron con motivo de la modificación del artículo 77 de la Constitución, que permitió la reelección indefinida de la fórmula presidencial. Desde la UCR se aludió al sistema como un “presidencialismo autocrático” (Proyecto de Resolución en CNC, 1949: 120), se sostuvo que dentro de una concepción democrática no cabe “un Poder Ejecutivo fuerte y con facultades de ‘plenos poderes’” (Sobral en CNC, 1949: 288). Asimismo, ciertos autores de cabecera de derecho constitucional remarcan que “el propósito fundamental de la enmienda consiste en autorizar la reelección del presidente” (Bidart Campos, 1977: 163).³ Estas críticas sobre la modificación del artículo 77 se hicieron en un escenario en el cual el gobierno peronista era tildado, indistinta y confusamente, de absolutista, autoritario y totalitario. Así, el miembro informante de la minoría de la Convención Revisora, planteó la dicotomía que estructuró las intervenciones de la UCR: la propuesta de “filiación democrática” con raíces en la Revolución de Mayo de 1810 vs. “la absolutista, la de los Austrias y Felipes, la teocrática” (Sobral en CNC, 1949: 306).⁴

³ Ver también, Dalla Via (2009: 51) y Badeni (2006: 184).

⁴ En la fundamentación del Proyecto de Resolución que presentó el radicalismo para desestimar la reforma, se leía que desde 1930 no existía democracia sino un “electoralismo de planificación policial”, que oscilaba entre “oligarquías burocráticas” y “gobiernos militares de ribete totalitario” (Proyecto de Resolución en CNC, 1949: 119), mirada que ya había sido enunciada en la Cámara de Diputados, cuando Rojas había trazado una continuidad entre

Es posible discutir y criticar ciertos tintes autoritarios de algunas prácticas del gobierno peronista, y son debatibles los niveles de autoridad que resultan necesarios para avanzar en cambios radicales, resistidos con prácticas que también lucen altas dosis de autoritarismo. Aquello que no creo que esté sujeto a debates conceptuales consistentes es la caracterización del gobierno peronista como absolutista o totalitario, rótulos que quizá pueden permitirse en el juego de la arena política, que pueden hasta comprenderse en el contexto de la segunda guerra mundial, pero causan asombro –y hasta vergüenza– en trabajos (supuestamente) académicos.⁵

El Partido Peronista reivindicó la reforma del entonces artículo 77 planteando que la no reelección era contraria a la democracia “porque si el pueblo elige a los sujetos del poder político, es contradictorio que la Constitución le impida hacerlo con determinada persona” (Sampay en CNC, 1949: 289).⁶ Además, en el marco del “proceso revolucionario de superación del liberalismo burgués” resultaba urgente una “reforma constitucional que posibilite la reelección presidencial” (Sampay en CNC, 1949: 291). Detener la reelección implicaba frenar la

el golpe de 1930 y el gobierno peronista (Rojas en CDN, 1948: 2696). Además, el Proyecto subrayaba que la reforma hacía del Estado “un instrumento político totalitario” (Proyecto de Resolución en CNC, 1949: 120). Asimismo, se denunciaron trampas en el reglamento para dar una orientación totalitaria en la reforma (Parry en CNC, 1949: 87), se acusó a Sampay de ser “el teórico del absolutismo que se impone en la Constitución” (Sobral en CNC, 1949: 293), se sostuvo que la reforma se llevaba adelante en un “contexto de dictadura instaurada de hecho” (Sobral en CNC, 1949: 300), en un escenario de “una falta de libertad argentina” (Balbín en CDN, 1948: 2670), en “un clima enrarecido para poder respirar el aire limpio de la libertad” (López Serrot, en CDN: 1948: 2692), con un peronismo que desarrollaba una “concepción totalitaria de gobierno” (Rojas en CDN, 1948: 2697).

⁵ Así, es irresponsable que Bidart Campos afirme que la reforma “alteró la democracia como forma de Estado, suplantándola por un totalitarismo” (1986: 116), y que Badeni asevere que se llevó adelante bajo “la influencia del fascismo italiano y cierta cuota de resentimiento social propia del nacional socialismo alemán” (2006: 185).

⁶ La democracia se constituye con “los comicios puros y libérrimos y la omnímoda potestad del pueblo para elegir a quien quiera, sin limitaciones” (Valenzuela en CNC, 1949: 454), dejando que “el pueblo ejerza su voluntad electoral sin limitaciones” (Cámpora en CNC, 1949: 470).

revolución en curso,⁷ y para dar forma a un Estado fuerte era necesario un Poder Ejecutivo poderoso: “un Poder Ejecutivo débil, significaría inevitablemente un Estado débil que llenará mal su función de protección de los individuos y de la colectividad contra las fuerzas políticas, económicas y sociales que, desde dentro y desde fuera del Estado, tratan de acapararlos, de explotarlos y de oprimirlos” (Bagnasco en CNC, 1949: 350).

Estas argumentaciones en vistas de habilitar la reelección se realizaron en un escenario en el cual, a pesar de marcar importantes diferencias con la Constitución de 1853, los legisladores y convencionales peronistas reivindicaron su modelo representativo y republicano. El miembro informante en la Cámara de Senadores, Pablo Ramella, sostenía que existían temores sobre una posible reforma del sistema de gobierno, pero “no hay nada más falso que esa suposición, pues, al contrario el movimiento peronista se propone afirmar nuestro régimen republicano, representativo, federal” (Ramella en CSN, 1948: 1374). Así, “en el orden puramente político la reforma, entonces, no va a ser substancial sino que se mantendrá la arquitectura de nuestro actual régimen de gobierno” (Ramella en CSN, 1948: 1374). Asimismo, John W. Cooke –un peronista de izquierdas– reiteraba que “lo esencial, lo que un autor ha llamado la ‘parte imponente’ de la Constitución, ha de mantenerse [...] El sistema representativo, republicano y democrático no ha de tocarse” (Cooke en CDN, 1948: 2683).⁸ Estas argumentaciones se desplegaron como autodefensa a las acusaciones de la UCR, pero el mecanismo inmunitario se volvió una enfermedad autoinmune: desde una perspectiva de izquierdas, toda reforma debe democratizar los mecanismos de representación, la “parte imponente” de la Constitución.

⁷ Por ello, “cada vez que un auténtico revolucionario llega a la Presidencia de la República, estas fuerzas [las del liberalismo burgués] especulan con la brevedad de su mandato, con la renovación presidencial, para efectuar entonces una contrarrevolución incruenta. Esto fue lo que sucedió con Hipólito Yrigoyen” (Luder en CNC, 1949: 342).

⁸ Ver también Ministro del Interior en CSN (1948: 1380), Ministro de Relaciones Exteriores y Culto en CSN (1948: 1393), Mathus Hoyos en CSN (1948: 1413), Amelotti en CSN (1948: 1418), Gómez de Junco en CSN (1948: 1424).

El fenómeno de los liderazgos en el marco de los procesos populares, o incluso emancipatorios, merecería un trabajo apartado. Sin embargo, creo que los déficits democráticos no estuvieron en la habilitación de la reelección presidencial, sino en no haber reformado ni democratizado los mecanismos de representación. Admitiendo la necesidad de consolidar un Estado fuerte para disputar con los poderes fácticos, esto no se logra (únicamente) constituyendo un Poder Ejecutivo reelegible, sino vinculando las estructuras estatales con las organizaciones populares de base. Sin negar la importancia de los liderazgos, la “parte imponente” de la Constitución debería haberse reformado en vistas de incentivar la participación popular, y vincularla con las instituciones representativas, incluso las ejecutivas.⁹ Cooke subrayó que las élites que sancionaron la Constitución de 1853 “endosaron al pueblo la minoría de edad, estableciendo que no estaba capacitado para el manejo de la cosa pública” (Cooke en CDN, 1948: 2683). En 1949 no estaba presente esta concepción sobre el pueblo, pero más allá de la supresión de la elección indirecta del Poder Ejecutivo y el Senado, no se reformaron las instituciones que en 1853 habían sido construidas con inspiración antipopular.

Un enfoque de izquierdas debe desprenderse del lastre antipopular con la que está cargada la tradición del constitucionalismo, debe democratizar el régimen democrático, vinculando las instituciones estatales con las prácticas y organizaciones democráticas de base. Empero, sobre este asunto, el proceso constituyente de 1949 no deja ningún legado para recuperar, sino que –quizás sin intenciones– suma más kilos a ese pesado lastre.

⁹ En “¿Qué Constitución tiene la Argentina y cuál debería tener?”, una conferencia publicada en 1973 en *Constitución y pueblo*, Sampay realizaba esta autocrítica: “La reforma constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, primero, a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática de Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares” (2012a: 101).

V. “Una constitución que permita una economía distinta”

El 18 de diciembre de 2005, Evo Morales ganó las elecciones presidenciales con el 53,72% de los votos. En su discurso de asunción se refirió a las luchas de las organizaciones indígenas, al desastre de las políticas neoliberales, y encontraba en la Asamblea Constituyente una herramienta para “profundizar la democracia donde todos tengamos derecho no solamente a votar sino también a vivir bien, cambiando esas políticas económicas” (Morales Ayma, 2012: 360). Durante la resistencia a las políticas neoliberales, y en los primeros años del gobierno del MAS, las organizaciones campesinas, indígenas y de trabajadores/as, así como los/as funcionarios/as del gobierno, insistieron en que la Constitución era un mecanismo para despertar de la larga noche neoliberal. Esta asociación entre un nuevo modelo económico y una nueva Constitución también aparece en la gramática de la reforma de 1949. Solo a modo de ejemplo, en su intervención en la Cámara de Diputados, el Ministro del Interior recalca que había “que estructurar una Constitución que permita una economía distinta: una economía que no esté dominando al país, sino una economía dominada por los intereses de la Nación” (Ministro del Interior en CDN, 1948: 2706). De esta manera, “la Constitución es una viejita que sonreía en su juventud a todos los hombres de aquella época, y poco a poco los años han ido arrugando su rostro. Hoy no les sonrío a las masas trabajadoras” (Gómez del Junco en CSN, 1948: 1424).

La reforma incluyó en el Preámbulo “la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”. En vistas de alcanzar la justicia social y avanzar en una nación económicamente libre, se plasmaron en el texto constitucional: la equidad y la proporcionalidad en los impuestos (art. 28); los derechos del trabajador, la familia, la ancianidad, la educación y la cultura (art. 37); la función social de la propiedad (art. 38); el ajuste del capital al servicio de la economía nacional y el bienestar social (art. 39); la intervención y el monopolio estatal en ciertas actividades

(art. 40); la propiedad estatal de algunos recursos naturales y servicios públicos (art. 40); el carácter estatal de la banca pública (art. 68, inc. 5); la atribución del Congreso de dictar un código de derecho social (art. 68, inc. 11), y de extinguir el latifundio en vistas de desarrollar la pequeña propiedad agrícola (art. 68, inc. 18).

La reforma de 1949 debe inscribirse en un programa gubernamental que instituía al Estado como un agente de regulación del mercado y de distribución de excedentes, y por ello, hacia mediados de la década de 1970, Sampay remarcaba que “la llamada ‘Constitución de 1949’ se proponía hacer efectivo el gobierno de los sectores populares y liberar al país del imperalismo, estatizando el manejo de los recursos financieros, de los recursos naturales, y de los principales bienes de producción, con la finalidad de ordenar planificadamente para conseguir un desarrollo autónomo y armónico de la economía, que concediera bienestar moderno a todos y a cada uno de los miembros de la comunidad. Apuntaba, pues, a consumir en la Argentina la revolución social requerida por el mundo contemporáneo” (1975: 72).¹⁰

Si revisamos los debates en el Parlamento y en la Convención, de modo sistemático aparece la necesidad de plasmar en la Constitución la justicia social, la intervención del Estado en la economía, la función social de la propiedad, la supresión del latifundio, los impuestos progresivos a la renta, la herencia y las ganancias excesivas, la nacionalización de la banca oficial, el reconocimiento de los derechos del trabajador, la familia y la ancianidad.¹¹ En términos más generales, se reiteró la

¹⁰ En el mismo orden de ideas, ver Sampay (1999: 282-287; 2012a: 100-101; 2012b).

¹¹ Ver López Serrot en CDN (1948: 2657), Díaz de Vivar en CDN (1948: 2663, 2665-2666), Colom en CDN (1948: 2675), Ramella en CSN (1948: 1375), Ministro del Interior en CSN (1948: 1379), Herrera en CSN (1948: 1382), Tascheret en CSN (1948: 1389), Ministro de Relaciones Exteriores y Culto en CSN (1948: 1392-1394), Soler en CSN (1948: 1402), Mathus Hoyos en CSN (1948: 1414), Vallejo en CSN (1948: 1419-1420, 1422), Sampay en CNC (1949: 274-284), Valenzuela en CNC (1949: 311-325), Luder en CNC (1949: 340-341), Teisaire en CNC (1949:

importancia de “convertir a la economía capitalista en una economía social” (Ministro del Interior en CDN, 1948: 2703), en una “economía social en la que no haya explotadores ni explotados” (Valenzuela en CNC, 1949: 321).

En su intervención en el Senado, el ministro Borlenghi postulaba que “el capitalismo y la opresión financiera [...] responsables de la injusticia social y desorden internacional, no deben ser consentidos por la carta política de la nación” (Ministro del Interior en CSN, 1948: 1379). Suprimir o limitar la opresión económica era uno de los mecanismos para impedir “a ningún gobierno del futuro volver a encadenar al país a la época del coloniaje” (Durand en CSN, 1948: 1410). La opresión y el coloniaje eran posibles por un esquema de no intervención del Estado en la economía, que en definitiva favorecía a los grupos poderosos. En este sentido, para Sampay la no intervención del Estado en la economía era “contradictoria en sí misma [...] significa dejar libres las manos a los distintos grupos en sus conflictos sociales y económicos, y por lo mismo, dejar que las soluciones queden liberadas a las pujas entre el poder de esos grupos. En tales circunstancias, la no intervención implica intervención en favor del más fuerte” (Sampay en CNC, 1949: 270). Con otras palabras, no existe “la disyuntiva entre economía libre o economía dirigida, sino que el interrogante versa sobre quién dirigirá la economía y hacia qué fin. Porque economía libre, en lo interno y en lo exterior, significa fundamentalmente una economía dirigida por los *cartels* capitalistas” (Sampay en CNC, 1949: 276).

La estrategia para mitigar la intervención del más fuerte, para atenuar la dirección de los *cartels* capitalistas, para no caer en prácticas de opresión económica o coloniaje, fue la intervención estatal en la economía, y la propiedad estatal de ciertos bienes o recursos. Sin dudas, se trata de una estrategia interesante pero

355), Espejo en CNC (1949: 383-384), Mende en CNC (1949: 394-395), Parera en CNC (1949: 417-418), Martiri en CNC (1949: 431-433, 514-517), Maturo en CNC (1949: 436-437), Evans en CNC (1949: 459), Maxud en CNC (1949: 462-464), Simini en CNC (1949: 465), Martínez Casas en CNC (1949: 508-511).

insuficiente. Por una parte, porque además de las polaridades entre lógicas privadas y lógicas estatales, deberíamos incorporar –aunque esto sería un anacronismo para fines del decenio de 1940– lógicas comunitarias. Por otra parte, porque un constitucionalismo de izquierdas debe concebir a las grandes corporaciones como grandes poderes. Históricamente, el constitucionalismo se ha preocupado por regular y limitar al poder estatal, y los poderes económicos han quedado innominados (Clavelo, 2007), y por ello suelen encontrarse en una situación de salvajismo (Ferrajoli, 2001), por fuera de toda domesticación constitucional. Domesticar a los poderes económicos, supone, además de establecer lógicas estatales y comunitarias, delinear un elenco de limitaciones y regulaciones. Así como al poder del Estado se lo limita y se lo regula a través de los derechos, es necesario desarrollar estrategias para limitar y regular al poder económico. Este último sendero es el más difícil de transitar, necesitamos bastante imaginación conceptual y política, y en la Constitución de 1949 no tenemos ningún punto de partida nítido para iniciar el sendero.

VI. Colofón: Una constitución que sonría las masas

En un trabajo en el que da cuenta del proceso constituyente boliviano, García Linera postula que “la constitución nada tiene que ver solamente con abogados, es un tema político, es un tema de fuerza, es un tema en que el bloque social convierte su fuerza de movilización en hecho legal” (2015: 313). En el caso boliviano, la dimensión democrática del proceso constituyente estuvo marcada por la participación de quienes históricamente no habían participado, por quienes no tenían título para tener voz en la Asamblea. En la Convención de 1949, buena parte de los convencionales contaba con título de abogado, pero también participaron quienes no tenían título para hacerlo. Me parece que éste es el primer legado para pensar un constitucionalismo de izquierdas: de los procesos constituyentes deben ser parte no solamente los abogados y las abogadas, sino *los excluidos y las excluidas de siempre, los sumergidos y las sumergidas*. El

primer paso para concebir un constitucionalismo de izquierdas se juega en el escándalo de la participación de quienes no tienen título para hacerlo.

Un segundo paso se encuentra en la discusión sobre la democracia, que deba desplegarse a partir de un doble movimiento: vincular las instituciones representativas con las prácticas democráticas de base, y *democratizar* las instituciones del régimen representativo. En este doble desafío, entiendo que el proceso constituyente peronista no aporta demasiado. Más bien, las aclaraciones sobre la continuidad de la *parte imponente* de la Constitución, indican que no se dieron pasos por el sendero incorrecto.

Un tercer paso para definir los contornos de un constitucionalismo emancipador está en la regulación y limitación del poder económico. Se trata, sin dudas, del aspecto menos explorado por el constitucionalismo, preocupado por regular y limitar el poder estatal e igualmente despreocupado del poder del gran capital. En esta temática, el proceso constituyente de 1949 luce una interesante novedad: el gran objetivo de la reforma era, al menos desde lo discursivo, cambiar el modelo económico, diseñar una constitución que le sonriera a las masas. La transformación de un modelo económico no depende solamente ni fundamentalmente de un cambio constitucional, pero es importante que, en las disputas con las grandes corporaciones, la Constitución le sonría a las masas. Para que esto suceda, creo es importante que la Constitución nos brinde armas para regular y limitar el poder del gran capital, y para esta tarea, la Constitución de 1949 no resulta un modelo tan estimulante. Nos queda, entonces, el compromiso de construir, ya sin tanto apoyo del pasado, un futuro cargado de Constituciones que, limitando el poder del gran capital, les sonría a las masas.

VII. Referencias

Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional I*. Buenos Aires: La Ley.

- (2011). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Benente, M. (2019). Por un constitucionalismo de izquierdas. El legado, bueno y malo, de la Constitución de 1949. En M. Benente, *La constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949*. José Clemente Paz: EDUNPAZ.
- Bidart Campos, G. (1977). *Historia política y constitucional argentina. II*. Buenos Aires: Ediar.
- (1986). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino I*. Buenos Aires: Ediar.
- Dalla Via, A. (2009). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ferrajoli, L. (2001). *Poderes salvajes*. Madrid: Trotta.
- García Linera, A. (2015). El Proceso Constituyente que aún no termina. En *Hacia el Gran Ayllu Universal. Pensar el mundo desde los Andes*. Ciudad de México: Altepétl Editores.
- Hardt, M. y Negri, A. (2004a). *Multitud*. Barcelona: Debate.
- (2004b). Globalización y democracia. En A. Negri, *Guías*. Barcelona: Paidós.
- Morales Ayma, E. (2012). Juramento de posesión del Presidente Constitucional de la República, Juan Evo Morales Ayma. En *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano Tomo I, Vol. 1*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional.
- Negri, A. (1993). *La anomalía salvaje*. Barcelona: Anthropos.
- (2004). ¿Qué hacer hoy del “Qué hacer”? O el cuerpo del *General Intellect*. En *Guías*. Barcelona: Paidós.
- (2008). Del derecho a la resistencia al poder constituyente. En *La fábrica de porcelana* (pp. 137-157). Madrid: Paidós.
- (2015). *El poder constituyente*. Madrid: Traficante de sueños.
- Poulantzas, N. (1978). *L'État, le pouvoir, le socialisme*. París: Presses Universitaires de France.
- Rancière, J. (1995). *La Mésentente. Politique et philosophie*. París: Galilée.
- (2005). *La haine de la démocratie*. París: La Fabrique éditions.
- (2006a). Diez tesis sobre la política. En *Política, policía, democracia*. Santiago de Chile: LOM.

- (2006b). Prefacio. En *Política, policía, democracia*. Santiago de Chile: LOM.
- Sampay, E. A. (1975). La evolución constitucional argentina. En *Las constituciones de Argentina (1810-1972)*. Buenos Aires: Eudeba.
- (1999). Razones de la derogación de la Constitución de 1949. En *La Constitución democrática*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- (2012a). ¿Qué Constitución tiene la Argentina y cuál debe tener? En *Constitución y pueblo*. Merlo: Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche.
- (2012b). La reforma de la Constitución de Chile y el artículo 40 de la Constitución argentina de 1949. Merlo: Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche.

Documentos

- Cámara de Diputados de la Nación (1948). *33ª Reunión- Sesión especial. Agosto 13 y 14 de 1948*.
- Cámara de Senadores de la Nación (1948). *42ª Reunión- 36ª Sesión Ordinaria. Agosto 27 de 1948*.
- Congreso de la Nación Argentina. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente (1949)*. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

Recursos naturales, producción y ambiente en lógica justicialista

*Homero M. Bibiloni*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 667-678

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e295>

La historia de América Latina es la historia
del despojo de los recursos naturales

Eduardo Galeano

I. Aclaración

A través de este aporte trataremos de llevar a texto lo que fue una suerte de diálogo con imágenes en cuanto la participación en el evento convocado por el CI DER CRIT, en el que se recordaba un aniversario más de una sabia Constitución de 1949 “derogada” “conculcada” y otros adjetivos que podemos realizar, por un gobierno de facto.

El mismo como toda expresión de las derechas liberales a través de la historia, predicán que vienen a reinstalar las

¹ Abogado, docente tanto en grado como en Posgrado (UNLP, UNAJ, Comahue, Litoral, ITBA, UNDAV, etc.) y especialista en derecho administrativo y ambiental. Ex Secretario de Ambiente y desarrollo Sustentable de la Nación. Presidente de ACUMAR (2008-2010) Capacitador en cursos judiciales provinciales y federales. Consultor en Provincias y Municipios. Ha coordinado proyectos nacionales e internacionales en materia ambiental y administrativa (BM, PROFIP, CFI, GEF, BID). Capacitador en ámbitos latinoamericanos (Bolivia, Perú). Ex Asesor en la Comisión Administradora del Río de La Plata. Juez del Tribunal Administrativo de la OEA. Presidente Asociación Argentina de Derecho Administrativo (2013-2014). Autor de numerosas publicaciones en los campos disciplinares de actuación. ver en www.estudiodelaplaza.com.ar, especialmente Ambiente y Política. RAP 2007. Ha dictado más de 400 conferencias en el país y en el exterior. Actualmente integra la Comisión Asesora de Investigación FCJyS de la UNLP.

instituciones, la república, la honestidad, los derechos contra los populistas y demagogos que supuestamente dañan al pueblo, cuando son ellos los que producen verdaderas hecatombes sociales, humanas y económicas, que luego los “populismos” reales deben resolver.

Por tanto este breve trabajo no puede ser neutro, y está fundado en las convicciones personales y desde la vereda en donde uno se para tanto en la vida como en la academia, con absoluta honestidad política, al transparentar el eje del discurso y sus fuentes.

Asimismo podemos ver que discurrir acerca del derecho, por fortuna algunas veces, nos permite hablar de él citando hechos políticos, personajes de carne y hueso que no son juristas, ni jurisprudencia, sino también diarios, páginas web y otras fuentes metajurídicas, por cuanto el derecho es el fruto de las concepciones políticas y el poder de turno que hegemoniza un gobierno.

II. La importancia de una mirada totalizadora

Al momento de la sanción de la CN de 1949 gobernando el peronismo existía una construcción integral con varios niveles convergentes.

El sentido de país, como patria, con un conjunto arraigado de valores políticos sociales y económicos que se expresaban en planificaciones quinquenales, siendo el primero de estos planes hacia 1946, y en un contexto interno complejo, precisamente por las contradicciones de intereses que se debatían en Argentina, corriendo el eje hacia los trabajadores, los humildes, los “cabecitas negras” de los que hablaba Eva Perón.

Igualmente hacia afuera, como partes de un mundo en cambio permanente, y era necesaria la consolidación de una posición internacional tras la culminación de la segunda guerra mundial, lo cual suponía nuevos alineamientos entre este/oeste, desplazando las estructuraciones norte/sur.

III. El sentido de una Constitución y de la de 1949 en particular

Como nos ha enseñado la historia, quien tiene el poder, trata de plasmar una institucionalidad que contemple su posición en el mundo, y la jerarquización de los valores en los cuales cree para ordenar la sociedad que gobierna, puertas adentro de los límites geográficos, o inclusive para remarcarlos como bandera.²

Esa es la función del derecho, ordenar por un lado, orientar, prevenir y darle un cauce al devenir de la historia de un pueblo en su propio territorio, pero indudablemente es una ingeniería institucional que contiene valores de diferentes signos.

III.1. Contenidos del Gobierno y Constitución Justicialista

Una carta magna no está exenta de ello, más aún estaría incompleta si no fuera rica en sus contenidos, entendiéndolo por tal:

- LA IDEOLOGÍA

Como un conjunto de Ideas, valores, creencias, sentimientos, valores, instituciones (V.Gr. capitalista, comunista)

- UNA DOCTRINA

Un gobierno sin **doctrina** es un cuerpo sin alma. Por eso el **Peronismo** tiene su propia **doctrina** política, económica y social: el Justicialismo.

El Justicialismo es una nueva filosofía de vida simple, práctica, popular, profundamente cristiana y profundamente humanista

- EL SIMBOLISMO DE NUESTRAS TRES BANDERAS
- Soberanía política.

² CN de 1994 sobre la cuestión del territorio. "La Nación **Argentina** ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las **Islas Malvinas**, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional."

- Independencia Económica
- Justicia Social.

Estas banderas se interconectan y producen un modelo político armonioso, a partir de las dimensiones internacionales, de producción y redistribución interna de la agregación de valor de la economía con sentido humano, y donde la política conduce la economía, y no al revés como sucede ahora, en donde las reglas económicas direccionan la política. (v.gr. los dictados económicos del Fondo Monetario Internacional que soslayan la soberanía, la independencia y direccionan la política para cumplir con las metas financieras, del valor del dólar y de las políticas de apertura y libre mercado).

III.2. El modelo institucional tiene una propuesta.

Ello se ha expresado en la idea de Comunidad Organizada, que fuera el discurso de cierre en 1949 del Congreso Nacional de Filosofía, efectuado por el Gral. Juan Domingo Perón.³

A riesgo de producir una enorme simplificación podríamos decir que la comunidad organizada desarrolla un modelo en la convivencia de un país, de manera inclusiva, permeado por la justicia social, y una política nacional y popular que atiende a las necesidades propias, sin dependencias coloniales o neocoloniales, ello encuadrado en el concepto de que:

«Nadie se realizará en una comunidad que no se realice»

El correlato instrumental de la Comunidad Organizada encuentra fundamentos y anclajes en el abrevadero doctrinario justicialista con la idea de PROYECTO NACIONAL, que fuera plasmado en un discurso de Perón al Congreso de la Nación en mayo de 1974⁴, en donde cada sujeto social en el marco de un país vertebrado tiene roles a cumplir e interdependencias virtuosas.

³ <http://jdperon.gov.ar/institucional/cuadernos/Cuadernillo6.pdf>

⁴ <http://gestar.org.ar/nota/ver/id/1379>

III.3. Argentina no es país aislado. ABC, Mercosur y Unasur

“...En 1953 Perón planteó, en diversas exposiciones públicas, su pensamiento sobre la política exterior basada en los conceptos de “continentalismo” y “universalismo” con proyección al siglo XXI. Tomó las primeras decisiones concretas encaminadas a impulsar la integración latinoamericana y propuso a Chile y a Brasil echar las bases de una unión subregional que se denominaría ABC. Este proyecto es el antecedente del actual MERCOSUR instalado 30 años después.”⁵

Situación geopolítica y geoeconómica que posteriormente Néstor Kirchner articulara con los gobiernos populares de la América del Sur con un organismo que no tuviera como la OEA la tutela de los EEUU y Canadá, pero que a la vez tuviera alto dinamismo político como fue la Unasur.

Es decir que pasando de siglo, aquellas ideas visionarias y estratégicas permiten redefinir nuestro lugar en el mundo y en la América del Sur, con los que teníamos intereses no idénticos, pero convergentes, para consolidar estrategias regionales, básicas para un mundo que se articula como tal en bloques (v. gr. el NAFTA hoy reformulado en el EUMCA, la UE, China por sí misma, el bloque africano, algunas alianzas asiáticas, etc.)

Pero nunca se perdía de vista que tal como decía Perón:

- «En la etapa del continentalismo la Patria es el hogar», concepto anticipatorio y superior a la glocalización ambiental, donde se pierde el rumbo en aras a la global, donde reina el “dios mercado”

Y volvemos a Galeano⁶ para explicitar con su implacable verbo el tema del Mercado:

“Pero el verdadero autor del pánico planetario se llama Mercado. Este señor no tiene nada que ver con el

⁵ <http://www.jdperon.gov.ar/material/biografiaperon.html>

⁶ <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-14465-2002-12-22.html>

entrañable lugar del barrio donde uno acude en busca de frutas y verduras. Es un todopoderoso terrorista sin rostro, que está en todas partes, como Dios, y cree ser, como Dios, eterno. Sus numerosos intérpretes anuncian: “El Mercado está nervioso”, y advierten: “No hay que irritar al Mercado”. Su frondoso prontuario criminal lo hace temible. Se ha pasado la vida robando comida, asesinando empleos, secuestrando países y fabricando guerras. Para vender sus guerras, el Mercado siembra miedo. Y el miedo crea clima.

Cada vez que el Mercado da la orden, la luz roja de la alarma parpadea en el peligrosímetro, la máquina que convierte toda sospecha en evidencia. Las guerras preventivas matan por las dudas, no por las pruebas....”

IV. Un punto de inflexión en la historia ambiental

La historia del ambientalismo, donde la leamos, marcó como punto de inflexión la conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas en junio de 1972⁷. Pues bien, hay una omisión histórica, no casual, que es ignorar el discurso del Gral. Perón de varios meses antes (febrero de 1972)⁸ en donde con enorme lucidez diagnosticaba y proyectaba como estadista la cuestión ambiental.

Veamos algunos párrafos al azar de tal documento, para darnos cuenta de la magnitud y contemporaneidad del documento. Tan es así, que en algunas clases o talleres, entrego fragmentos del mismo a los cursantes y pregunto ¿cuándo fue escrito?.

Todos coinciden que no puede ser demasiado antiguo, es más lo sitúan en las inmediaciones temporales de dichos cursos. La sorpresa es mayúscula cuando se devela el autor y el año.

⁷ <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=145>

⁸ Que insertamos en 2008 en la página de la SAyDS, cuyos contenidos el gobierno cambiante decidió mutilar en algún lugar inencontrable de la web.

“... DISCURSO DE PERON 1972 A LOS PUEBLOS DEL MUNDO

Creemos que ha llegado la hora en que todos los pueblos y gobiernos del mundo cobren conciencia de la marcha suicida que la humanidad ha emprendido a través de la contaminación del medio ambiente y la biosfera...”

“Las mal llamadas “Sociedades de Consumo”, son, en realidad sistemas sociales de despilfarro masivo...”

El número de seres humanos que puebla el planeta se ha duplicado en el último siglo y volverá a duplicarse para fines del actual o comienzos del próximo, de continuar la actual “ratio” de crecimiento. De seguir por este camino, en el año 2.500 cada ser humano dispondrá de solo metro cuadrado sobre el planeta.”

Son necesarias y urgentes: una revolución mental en los hombres, especialmente en los dirigentes de los países más altamente industrializados; una modificación de las estructuras sociales y productivas en todo el mundo, en particular en los países de alta tecnología donde rige la economía de mercado, y el surgimiento de una convivencia biológica dentro de la humanidad y entre la humanidad y el resto de la naturaleza.”

Es decir que siguiendo la lógica de los eventos de las Naciones Unidas en cuanto al Ambiente: Río 1992, Río+10, Río+20 , y señalo Perón+40.

V. El texto del artículo 40

Pasando al análisis de este texto, haremos algunas desagregaciones conforme claves anteriores.

Art. 40: – La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación

y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.

Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias.

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido.

V.I. Mercado, Estado y Bien Común

Estos conceptos están estructurados con la siguiente guía no literal pero que surge del texto.

- La prioridad: es el bienestar del pueblo.
- No es el hombre/mujer aislados en lo socio ambiental (perspectiva de típico cuño liberal) sino del **sujeto histórico pueblo**.
- Involucrando el factor de inclusión y equidad.
- Consolidando los principios de la justicia social.

- Condicionando en función de un interés superior y colectivo la organización de la riqueza y explotación de los recursos, no librados a la voracidad capitalista por sí misma, en tanto es su lógica, está en su ADN tal como relata el cuento de la rana y el alacrán al cruzar un río.

V.2. La economía está regida por la política

La concreción de este apotegma consustancial al justicia-lismo, se visualiza por cuanto se da:

- Un control político y público sobre el mercado.
- La explotación tiene un sentido de sustentabilidad para la permanencia y duración, quitando el sentido extractivista de agotamiento futuro.

V.3. El Estado está presente, es activo y defensor de lo común

Por ello tiene:

- La titularidad de dichos bienes.
- Su Control
- La Regulación pertinente.

V.4. Recursos naturales y ecosistemas publicizados

Dado que está comprobado que los recursos naturales ya son bienes escasos, como el agua, en tanto no es renovable, sino es agotable cual juego de palabras⁹, y que también el aire puro en las grandes ciudades ha desaparecido, bastando pensar que el grueso de la población mundial vive en las urbes, para dimensionar el camino a la hecatombe que esto supone en el Siglo XXI.

“Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía,

⁹ <http://www.abc.com.py/edicion-impresalocales/al-agua-se-considera-recurso-no-renovable-401893.html>

con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias.”

De allí que la titularidad es pública, porque la apropiación de elementos de la naturaleza por parte del mercado es creciente, y sólo la resta el aire.

a. Agua privatizada en muchos países.

b. Genética de la naturaleza (apropiada por grandes laboratorios que cobran royalties por su reuso).

c. Petróleo y Gas (privatizados en general y generadores de conflictos bélicos permanentes: Medio oriente, Irak, y ahora Venezuela en la América del Sur con la propuesta destituyente)¹⁰

V.5. Recursos y explotación (Servicios Públicos)

“Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.”

Como señalamos antes de Ahora¹¹ *“Este texto hubiera sido, observando el pasado reciente, una valla soberana con relación a los problemas habidos en el marco de las controversias llevadas al CIADI, en tanto se poseía un cartabón local para poder determinar el concepto de razonabilidad en cuanto inversión, eficacia y eficiencia en la explotación y ganancia. Sólo que las concesionarias del mundo global hicieron de la inversión un artículo escaso.”*

¹⁰ Venezuela es el país con mayor reserva de petróleo crudo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47748488>

¹¹ Ver Bibiloni, Homero M., “El Artículo 40: la inalienabilidad de las fuentes de energía y los servicios públicos”, Constitución de 1949. Vigencia de sus principios básicos y consecuencias de su derogación. Compilación de Jorge Francisco Cholvis, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 1ª Ed. 2015. P. 323 y sgtes.

VI. Actualidad del texto de la Constitución Nacional de 1949

La Constitución que recordamos sigue siendo un faro que ilumina nuestras conductas, no solo al campo del derecho, sino también al socio-político-ambiental, en tanto existen expectativas por los cambios eventuales por venir, en donde habrá que avanzar para que retrocedan cambios regresivos en los sistemas de acumulación de los más vulnerables y de otros actores del conjunto nacional, volviendo a recuperar conciencia y políticas ambientales, en orden a la relación estratégica de los recursos, los ecosistemas con la soberanía de los pueblos tal como premonitoriamente se planteara en aquel lejano pero tan presente 1972.

VII. Proyectando un modelo nacional desde 2019

La agenda de este siglo XXI nos impone mirar con cuidado estos hechos.

- Bases Chinas, de USA y de UK en el territorio nacional.
- UNASUR implosionado y un MERCOSUR que puede ser condenado irremisiblemente si se acuerda con la UE:
- Protección de los recursos y ecosistemas estratégicos como elemento de soberanía y defensa nacional.
- Soberanía Alimentaria para asegurar la supervivencia de las naciones: no comemos bitcoins, ni bebemos títulos de mercados secundarios financieros.
- Los Recursos son agotables y los servicios públicos en manos privadas o sin control público eficiente, se dilapidan.
- Exportamos agua y nutrientes pero no se cobran, y eso es deuda de preservación y restitución de las capacidades de la naturaleza.
- Los Criollos y originarios son claves en la producción autóctona, en tanto mantienen prácticas milenarias exitosas.

- Los Parques Nacionales como reservas de biodiversidad y no como turismo ABC ¹²
- Ordenamiento de todo el territorio con lógica federal, presupuesto básico de políticas públicas ambientales conforme la ley 25675.

VIII. Conclusiones

- El tiempo apremia.
- Media un Compromiso con las generaciones futuras
- *Los problemas suceden y se agravan, no ya en siglos ni decenios, sino en la etapa de una misma generación.*
- *“Con motivo de la celebración del Día Internacional de la Biodiversidad, la ONU alerta de que se extinguen 150 especies animales al día, lo que se considera la mayor ola de pérdida biológica desde que desaparecieron los dinosaurios. Así lo advirtió anoche el secretario ejecutivo de la Convención para la Diversidad Biológica de la ONU”¹³.*

Lo que lleva a que asumamos este compromiso y desafío con entrega y solidaridad, en tanto las generaciones futuras no son categorías abstractas, sino seres de carne y hueso, como el resto de los hermanos de la naturaleza. Por eso mi compromiso con mi hija Lucrecia, mis hijos Nehuen y Máximo, mi nieta Urszula y mi esposa Maria Isabel por quien milito ambientalmente cada día.

¹² Link: <https://www.cronista.com/apertura-negocio/inversiones/Turismo-preven-us-30-millones-en-desarrollos-en-Parques-Nacionales-20190310-0003.html> Copyright © www.cronista.com

¹³ https://elpais.com/sociedad/2007/05/22/actualidad/1179784806_850215.html

División sexual del trabajo y su impacto en el sindicalismo

*Marina Luxx*¹ | Instituto Universitario Nacional de Derechos Humanos

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 679-686

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e296>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5367-7814>

Quando me propusieron exponer sobre la Constitución Nacional de 1949, me di cuenta enseguida de que sería demasiado extenso abordarla en su totalidad. Y que probablemente, de hacerlo, sería difícil ilustrar de forma tan general el impacto que tiene la Constitución y el actual estado de la sociedad en la vida cotidiana de las personas, particularmente de las mujeres, lesbianas, travestis, trans y no binaries. Por este motivo decidí concentrarme principalmente en el tema sindical. En primer lugar, porque yo empecé mi militancia a través de un sindicato. Yo crecí en una familia sin conciencia política, sin memoria, y encontré todo eso cuando salí a trabajar. Me encontré con condiciones de trabajo imposibles, y eso me llevó a empezar la militancia en el ámbito sindical. Es un ámbito que es muy especial para mí, muy querido, que me ha enseñado a tener una visión política de negociación y de conciliación. Por eso me voy a dedicar a este tema, y también vamos a estar hablando del libro de nuestra compañera Mariana de Alva, titulado “Cupo

¹ Comunicadora especialista en género. Secretaria de Relaciones Institucionales de la Constituyente Feminista. Editora de *Apostasía de Género en América Latina* - generoenamericalatina.org. Columnista de género en *El Club de la Pluma* (radio online). Columnista de género en *Sobremesa*, por *Radio TrendTopic*. Prensa y Comunicación en *Paro internacional de Mujeres*. Columnista de género en *Al Carajo por Radio Madre* (2015). Secretaria de Prensa y Comunicación en *Unión Informática* (2010-2013). Estudiante de Lic. en Comunicación Social, Instituto Universitario Nacional de Derechos Humanos (2016-actualidad).

Igualitario Integral”² y cuya tesis es que tenemos que hacer -en principio por lo menos- una ley en la cual las mujeres ocupemos el 50% de los cargos en absolutamente todos los ámbitos del Estado, de los partidos políticos y de los sindicatos. Para que de esa forma se puedan romper esas barreras que filtran a las compañeras y dejan a las esposas, a las amantes, a las mujeres facilitadoras de los varones.

Primero, quiero contar poquito de historia sobre la división sexual del trabajo. Esa división es el mayor impedimento, y el más invisible, que tenemos las mujeres para poder ejercer esta paridad en la democracia. Lo describe muy bien la feminista Carol Pateman en “El Contrato Sexual”: en el momento en que los hombres empiezan a reflexionar sobre cómo empieza una sociedad, cómo se organiza, describen lo que se llama el “contrato social”, y aportan desde allí sus tesis de cómo nos ponemos de acuerdo para vivir en una sociedad. Carol Pateman dice: ¡Ojo! Porque este es un contrato de hombres entre hombres. Entre ellos se reparten las propiedades, los medios de producción y también a las mujeres. Entonces queda implícito, nunca verbalizado, un contrato en el cual las mujeres le pertenecemos a los varones. Algunas en calidad de esposas, y otras van a estar totalmente desprovistas de derechos y van a ser de pertenencia pública: son las mujeres prostituidas. Estas mujeres van a tener como única función dentro de este pacto social, el garantizar el acceso de los varones a la sexualidad de las mujeres. No vamos a detenernos en esto último por ahora. Nos vamos a concentrar en la división sexual del trabajo, que tiene que ver con que los hombres van a ocupar el ámbito del trabajo formal, de la administración pública y de la toma de decisiones en general, y las mujeres se van a ocupar de la reproducción, tanto la reproducción literal de la especie como la reproducción de todo este sistema de producción. De hecho, el capitalismo le paga a un hombre pero en realidad explota a dos

² de Alva, Mariana (2018). *Cupo Igualitario Integra. La agenda feminista*. Buenos Aires, Argentina: AbraPalabra Editorial.

personas: a ese hombre y a la mujer que presupone que está en su casa. Porque obviamente que está basado en un modelo de familia heterosexual.

Yendo en concreto a la Constitución de 1949, una de las cosas que tiene muy buenas es que declara la igualdad jurídica entre los género en el matrimonio y en la patria potestad en el artículo 37. Después de que se derogó por decreto esta Constitución, tomó que lleguemos hasta los años '80 para que se vuelva a discutir y, con mucha pelea, se logre la patria potestad compartida. Esto es un buen ejemplo de cuánto se retrasaron los derechos con la invisibilización y el silenciamiento de la Constitución de 1949. Otro punto obviamente importante fue establecer la función social de la propiedad y su objetivo en beneficio de la sociedad. Así plantea un sistema económico que parte desde una mirada diferente. Pero vuelve a caer en no revisar ese contrato sexual que hay entre los varones. ¿Por qué? En primer lugar, porque no hubo mujeres que fueran partícipes de esta Constitución. Por eso es importante entender que la Constitución no es solamente el papel escrito, sino todo el proceso que lleva a que se establezcan esas normas. Entonces, podemos ver que en el mismo artículo 37 que declara la igualdad formal, también establece como una función de la enseñanza primaria "formar a las mujeres para las tareas domésticas". Esto es el contrato sexual: las mujeres van a quedarse en la casa y asumir las tareas de mantenimiento y reproducción.

Con esto no quiero decir, ni de lejos, que haya que tirar esta Constitución por la ventana, lo que estamos haciendo es abrir esa ventana hacia lo que tiene que ser nuestro futuro. Porque hoy las mujeres, también gracias al peronismo que hizo esta Constitución del '49, tenemos no solamente el derecho al voto sino un montón de otros derechos, que nos permiten seguir reclamando por una mayor paridad. Porque mayor paridad para las mujeres, es mayor democracia. Así de sencillo.

Para abordar la cuestión sindical, vamos a hacer primero un contexto de la situación actual. Utilizaremos algunos textos del libro de Mariana de Alva, que no es sólo una propuesta y

la justificación de por qué se necesita. También es un excelente compendio de estudios, encuestas y relevamientos de la situación de las mujeres en los diferentes ámbitos del Estado y de la vida social. Empezaremos con un informe citado en el libro, realizado por la Organización Internacional del Trabajo en 2016 con el título: “Persisten grandes disparidades de género en varios sectores del mercado de trabajo a nivel mundial”:

Las mujeres siguen trabajando un número mayor de horas al día que los hombres, tanto en el trabajo remunerado como en el no remunerado. En los países con altos y bajos ingresos las mujeres realizan, en promedio, al menos dos veces y media más trabajo doméstico y de cuidado familiar que los hombres.[...]

En los países desarrollados, las mujeres dedican en promedio 4 horas y 20 minutos diarias al trabajo de cuidado no remunerado, comparado con 2 horas y 16 minutos de los hombres. En los países en desarrollo, las mujeres invierten 4 horas 30 minutos diarias en el trabajo de cuidado no remunerado, frente a 1 hora 20 minutos de los hombres.

Si bien esta disparidad de género sigue siendo considerable, ha disminuído en un número de países, la mayoría de las veces debido a la reducción del tiempo que las mujeres dedican a las tareas domésticas, pero no a una disminución significativa del tiempo que invierten en el cuidado de los hijos.

Aclaremos también, que “trabajo no remunerado” es esencialmente trabajo esclavo. Llamémoslo con todas las letras. Para ilustrar un poco la situación en Argentina, el libro cita la “Encuesta sobre trabajo no remunerado y uso del tiempo” publicada por el Indec en 2014.

[...] Una mujer ocupada full time dedica 5,5 horas diarias a esas tareas no remuneradas mientras que un hombre desocupado dedica 4,1 horas diarias. En resumen, el promedio de ellas hacen el 76% de las tareas. Casi 9 de cada 10 mujeres hacen tareas del hogar no

remuneradas, y en cambio sólo 6 de cada 10 hombres las hacen (sin pensar cuáles ni cuántas).

Esto quiere decir que 4 de cada 10 hombres jamás cocinan, ni limpian, ni lavan la ropa o platos, ni hacen compras, ni sacan piojos, ni cosen/remiendan, ni nada. Pero mucho más grave aún es esto en las familias monoparentales, es decir, familias con hijos a cargo social y económicamente de uno de ellos. Este universo lo conforman un 90% de mujeres.

Es decir, un hombre desocupado invierte menos horas en el trabajo doméstico que una mujer que tiene un trabajo de tiempo completo. A esto es a lo que nosotras llamamos **la doble jornada laboral**. Por último, para ilustrar en un nivel más concreto lo que nos pasa, elegí un ejemplo del libro dentro del ámbito judicial. Pertenece a una publicación de Lucía Martínez en Chequeado.com titulada “La justicia no tiene cara de mujer” el 2 de junio de 2016:

De acuerdo a una encuesta de percepción que realizamos en el Observatorio de Género (dependiente del Consejo de la Magistratura porteño), entre los 30 y los 45 años, las mujeres que trabajan en el Poder Judicial dedican 20 horas más por semana en tareas de cuidado y trabajo doméstico que los varones de la misma franja etaria con el mismo número de hijos”, aseguró Koben (y eso es una mayor carga horaria que la que se dedica a una maestría de primer nivel en cualquier parte del mundo). Estas son horas que se le sacan al estudio, al cuidado personal, a la formación, a los hobbies.

Es decir, la división sexual del trabajo hace que se sacrifiquen nuestras vidas. Y por eso digo que mayor paridad es, sin lugar a dudas, mayor democracia.

En cuanto a la situación en el mercado laboral, según el seguimiento de los Objetivos de Beijing de 1995, hay un 40% de trabajadoras sin registrar en la Argentina, y ganan un 40% menos que sus pares hombres en el trabajo informal. En el empleo registrado, la brecha salarial es del 27%. También en este punto

es importante destacar que todas las mujeres somos trabajadoras, incluso las que no estamos en el mercado de trabajo ni formal ni informal. Porque todas empezamos nuestras tareas domésticas y de cuidado en la niñez, y así es que empieza la desigualdad con los varones.

En el ámbito sindical, el libro “Cupo Igualitario Integral” utiliza datos recopilados por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género - ELA, en el artículo “Sexo y poder. ¿Quién Manda en la Argentina” de 2011:

En base a este estudio se elaboró el Índice de Participación de la Mujer (IPM) que releva datos en el ámbito nacional y en el interior del país. El IPM mide cuantitativamente la inequidad de oportunidades en los principales puestos de toma de decisión. [...]

Natalia Gherardi, directora de ELA, sostiene que “la sola vigencia del sistema de cuotas no garantiza la eliminación de los prejuicios de género”. El IPM confirma esta afirmación al cuantificar la distribución del poder en el ámbito sindical: apenas 5 por ciento de las organizaciones sindicales tienen mujeres en sus comisiones directivas, a pesar de que existe la ley de cupo femenino sindical que establece un piso mínimo del 30%.

Esto es tremendo para la representación de las mujeres en el ámbito laboral. Estamos hablando de una ley que no se cumple en casi ningún sindicato en la Argentina, y no hay nadie protestando para que esto deje de ser así. Si por ley disolviéramos a los sindicatos que no cumplen con el cupo del 30%, prácticamente no quedaría ninguno. Y lo que pasaría es que los hombres estarían en igual calidad de representación sindical que las mujeres estamos hoy. En base a todo esto, la autora concluye dos condiciones fundamentales para que las mujeres puedan militar (lo que constituye **la triple jornada laboral** para nosotras) a diferencia de los varones, a quienes les es mucho más fácil en la práctica desentenderse de las tareas de cuidados:

- *La ganancia elemental que pague el desplazamiento y sustente un monto mínimo de dignidad alimentaria*

(entendiendo por dignidad alimentaria el sustento completo en función de sus expectativas, el cual varía según la posición social de la mujer que evalúa), y

- *el aseguramiento del cuidado de la integridad física de sus hijos, quién queda a cargo en su ausencia, quién cuidará de sus niños, quién los alimentará durante las horas que se ausente y cuidará de sus cuerpos, cabecitas y almas.*

Por último, quiero compartir un resumen de la propuesta de Mariana de Alva respecto de las organizaciones sindicales. Como participante fundadora de una de ellas, la autora no sólo ha estudiado la situación de las mujeres en los sindicatos, sino que la ha experimentado de primera mano. De allí surge el siguiente diagnóstico:

La realidad es que como en los sindicatos las mujeres son lisa y llanamente neutralizadas, ignoradas encerradas en espacios inertes de la acción directa, de la discusión salarial y la inserción del colectivo femenino en el mercado laboral no logran traccionar para ese primer paso que es “la presión al empleador para la contratación de mujeres en igual número que de hombres”

Hasta que los gremios no necesiten de las mujeres para existir no habrá camioneras, ni colectiveras, ni conductoras de grúas -yo además de ser contadora, manejo camiones y otros vehículos de gran porte-, ni pilotas de avión ni conductoras de trenes, ni, ni, ni...

Cuando los gremios requieran de esas mujeres para funcionar, se presionará a los empleadores para la contratación y formación de mujeres en esas especialidades y despobladas del colectivo femenino.

Cuando para la oficialización de una lista de candidatos los sindicatos deban presentar listas en la secretaría de asuntos sindicales del ministerio de trabajo con candidatos a secretario general y secretaria general con firma conjunta; secretario de finanzas y secretaria de finanzas con firma conjunta, secretario de género y secretaria de género con firma conjunta..., serán los

propios sindicalistas los que presionen a los empleadores para la contratación de mujeres, que no podrán ser las esposas de los que ya están.

Es decir, mucho antes de hablar de si las mujeres ganan lo mismo que los hombres por la misma tarea, debemos hablar de si las mujeres tienen las mismas posibilidades de acceder a trabajos de los que históricamente son dueños y señores los hombres sin razón alguna, dados los avances tecnológicos de hoy en día y la formación de las mujeres en igualdad y superior número que los hombres.

Habiendo hecho este resumen de la situación y de una posible solución, sólo me queda por decir que no tengamos miedo a este cambio. Mayor democracia y mayor pluralidad de voces no va a generar más conflictos, sino que va a poner de manifiesto muchos conflictos que ya existen y que simplemente hoy no tienen voz. Pese a la inacción y la indiferencia de muchas personas, también hay compañeras y compañeros que han despertado a esta lucha y la abrazan en la medida de sus capacidades. Necesitamos que esto se extienda a toda la población, y por supuesto que se plasme en futuras reformas constitucionales.

Constitución de 1949. Una mirada desde un enfoque de género

*Natalia Sereno*¹ | Universidad Nacional de Tres de Febrero

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 687-707

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e297>

I. Introducción

En 1949, en Argentina se realiza una reforma constitucional promovida durante el primer gobierno de Juan Domingo Perón. Esta constitución, que es muy novedosa en cuestiones de derechos sociales, políticos y económicos. Particularmente, esta constitución introduce modificaciones sustanciales en torno a la propiedad, la economía y la soberanía. Esta es una constitución enmarcada en la corriente del constitucionalismo social.

Desde un enfoque de género, si bien pretende ser novedosa y estar alineada con un clima de época, por sus mismas valoraciones implícitas, subroga el lugar de la mujer aún no tenemos una idea de género tal como en estos tiempos) a un lugar funcional al bien jurídico protegido de interés, que es la familia, estructurado desde la Carta Magna, desigualdades de género.

Desde una revisión crítica de este posicionamiento legislativo podemos ver como desde una visión legislativa ligada a la moral y costumbres heteropatriarcales de contexto histórico argentino, se genera un cuerpo legislativo que, por individualizar posicionamientos específicos hacia la mujer, ligados a estereotipos y roles sociales, se tipifican situaciones que vulneran los derechos de las mismas en vez de proteger sus mejores intereses.

1 Abogada especializada en Género e Investigadora de la Universidad Nacional Tres de Febrero, integrante de la Constituyente Feminista.

Esta Constitución fue sancionada en el marco de una voluntad política revolucionaria en el marco de la introducción un espíritu que el mismo Perón expresa en un discurso en 1948: “la revolución peronista ha iniciado una nueva etapa en lo político, en lo social y en lo económico”, intentando influir la voluntad de reforma constitucional acorde a los lineamientos políticos de su gobierno.

Los planteos de Arturo Enrique Sampay, abogado de la Universidad Nacional de la Plata (1932), miembro de la Comisión Revisora de la Constitución, orientaron el enfoque político de la reforma que es fuertemente social y nacionalista. La idea era dar un enfoque constitucional a la obra política del peronismo, observando que la constitución de 1853, expresión de la oligarquía el país, elitista y de tendencias aristocráticas, obstaculizaba que el Argentina se diera una verdadera democracia de masas.

En lo económico, las modificaciones tuvieron que ver con la introducción de un esquema acorde al modelo industrialista de 1943, basándose en el fracaso de políticas liberales anteriores, buscando esquemas nacionales y que la constitución no se constituyera como una copia de modelos extranjeros.

En lo social, los modelos se vieron influenciados fuertemente por ideas religiosas, de allí tenemos la importancia que dedica al modelo de familia hegemónico para la época; también por los principios del bien común y el uso social de las riquezas que propugnaba la iglesia en sus encíclicas.

II. Derechos Sociales

En lo relativo a los derechos sociales aparecen los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, la educación y la cultura, como ideal del nuevo modelo de democracia y del ideal de justicia social, que vamos a retomar luego desde una perspectiva de género.

Las primeras observaciones pueden realizarse en torno a las modificaciones en el preámbulo, el cuál manifestaría:

“...la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana.”

Si bien el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina no tiene carácter normativo, siempre se lo ha considerado como un programa político.

El agregado está relacionado con el reconocimiento de tres nuevos principios básicos para la Nación:

«Socialmente justa»: se refiere al reconocimiento de la justicia social.

«Económicamente libre»: hace referencia a la idea de independencia económica e indirectamente a los mecanismos de dependencia neocolonial.

«Políticamente soberana»: se refiere al concepto clásico de independencia política fortalecido con la noción moderna del derecho de autodeterminación de los pueblos.

Por otra parte, tomado la Constitución del 49, en el capítulo III, titulado «Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura», tiene un solo y extenso artículo, el artículo dividido a su vez en cuatro secciones, para especificar los derechos...:

- del trabajo.
- de la familia.
- de la ancianidad.
- de la educación y la cultura.

La segunda sección del artículo 37, dedicada a los derechos de la familia, declaró *“la igualdad jurídica del hombre y la mujer en el matrimonio y la patria potestad, garantizó el bien de familia que protegía la vivienda única de los juicios por deudas, y estableció una protección especial para la maternidad y la infancia.”*

Así enuncia la Constitución de 1949

“CAPITULO III

*Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad
y de la educación y la cultura*

Art. 37.- Declaranse los siguientes derechos especiales:

(...)

1 - Estado protege el matrimonio, garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad;

2. - El Estado formara la unidad económica familiar, de conformidad con lo que una

ley especial establezca;

3. - El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine;

4.- La atención y asistencia de la madre

y del niño gozarán de la especial y privilegiada consideración del Estado.

(...)

8. - Derecho a la protección de su familia. - La protección de la familia responde a un natural designio del individuo, desde que en ella generan sus más elevados sentimientos afectivos, y todo empeño tendiente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad, como el medio más indicado de pro pender al mejoramiento del género humano y a la consolidación de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social.”

Como podemos observar, las posiciones de los derechos de la mujer quedaban ligados a un concepto de familia heteropatriarcal, no inclusivo de otras realidades existentes. El bien jurídico protegido en juego era el de la familia de acuerdo a un orden normativo establecido con el ordenamiento de género, como si estos estuviesen determinados en la naturaleza humana. Se pone en juego la existencia de un derecho natural en torno a un ideal de familia.

Por lo tanto, el posicionamiento de las mujeres queda ligado a un posicionamiento familiar orgánico a las políticas reproductivas y de división del trabajo.

III. Reclamos feministas en el mundo

Mientras se sancionaba Constitución de 1949, el mundo asiste a reclamos feministas en una segunda etapa o pertenecientes a lo que se llamó segunda ola. Esta etapa se caracterizó y fue denominada como etapa sufragista

En tal sentido, el sufragismo tenía dos objetivos: el derecho al voto y los derechos educativos. Ambos marcharon a la par apoyándose mutuamente. El costoso acceso a la educación tenía relación directa con los derechos políticos ya que a medida que la formación de algunas mujeres avanzaba, se hacía más difícil negar el derecho al voto. El movimiento sufragista era de carácter interclasista ya que consideraban que todas las mujeres sufrían en cuanto mujeres, independientemente de su clase social, discriminaciones semejantes.

El centro del debate feminista la consecución del derecho de voto para la mujer: la solución de la cuestión femenina pasaba por la eliminación de toda traba legislativa discriminatoria. Una vez suprimida estas restricciones, las mujeres superarían su subordinación y lograrían su emancipación.

Hacia los años 30 la mayoría de las naciones desarrolladas habían reconocido el derecho al voto femenino. Las feministas de esta primera época plantearon también el derecho al libre acceso a los estudios superiores y a todas las profesiones, la igualdad de derechos civiles, compartir la patria potestad de los hijos, denunciaban que el marido fuera el administrador de los bienes conyugales, pedían igual salario para igual trabajo. Todos estos objetivos se centraron en el derecho al voto, que parecía la llave para conseguir los demás. Las feministas del siglo XIX y principios del XX pusieron énfasis en los aspectos igualitarios y en el respeto a los valores democráticos. Era un movimiento basado en los principios liberales.

Con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, las mujeres toman espacios tradicionalmente ocupados por hombres, ocupando puestos de trabajo, jefaturas en el seno de sus

familias, la mujer cobra una autonomía que no va a durar más allá de los que le es de utilidad al orden patriarcal y por un momento determinado, el de duración de la guerra.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los gobiernos y los medios de comunicación de masas se comprometieron en un doble objetivo: alejar a las mujeres de los empleos obtenidos durante el periodo bélico devolviéndolas al hogar y diversificar la producción fabril, recurriendo a la implantación cultural del valor de “la mística de la feminidad”. Las mujeres debían encontrar en el papel de ama de casa un destino confortable y no salir a competir al mercado laboral. Pero esta “mística de lo femenino” estaba produciendo graves trastornos en la población femenina sobre la que se ejercía.

Inmediatamente antes de esta maniobra, se había producido una obra fundamental para el feminismo, *El segundo sexo* de Simone de Beauvoir (1949): Simone de Beauvoir analiza a las mujeres como el otro, el sexo femenino es la otra cara del espejo de la evolución del mundo masculino y aporta un análisis no biologicista al afirmar “no se nace mujer, se llega a serlo”. La libertad es la idea central de esta obra que, sin embargo, cayó en el vacío pues se produjo en el mismo momento en que la mística de la feminidad se estaba forjando.

IV. Volviendo a Argentina

Desde esta perspectiva y acompañando el clima de época, la Constitución del 49, lejos de ser revolucionaria en derechos de género, y de forjar bases para la igualdad jurídica entre mujeres y hombres, legitima estereotipos que, por sus prácticas vinculantes y situaciones estructurales no reconocidas por el Estado, son impulsoras de desigualdades de género.

Podemos decir ya que no hay justicia social, libertad económica y soberanía política, sin que el estado establezca bases para una real igualdad de género, equiparando bases en todas las áreas para que las mujeres y otras realidades de género tengamos reales oportunidades igualitarias.

V. Reforma de 1994 y derechos de género

En la Reforma Constitucional de 1994, la introducción de cláusulas que reconocieran los derechos de las mujeres en la Constitución fue una preocupación compartida por el Consejo Nacional de las Mujeres, mujeres representantes de los partidos políticos, legisladoras, académicas y juristas, desde mucho tiempo antes que el Congreso Nacional sancionara la ley que declaraba la necesidad de la reforma. De cara al nuevo derecho internacional y al reconocimiento de los derechos humanos en las modernas constituciones, se apoyó la propuesta para que se considerara la jerarquización dentro del ordenamiento jurídico argentino, de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos.

El Consejo Nacional de las Mujeres convocó a la Comisión de Mujeres Representantes de los Partidos Políticos a efectos de acordar una serie de actividades a realizar en relación a este tema. Se consensuaron propuestas comunes en base a las presentadas por el Consejo y las mujeres de los distintos partidos políticos, se elaboró una estrategia de trabajo con las/ los Constituyentes.

La Reforma Constitucional de 1994 ha significado un importante avance cualitativo en el reconocimiento de los derechos de las mujeres, ya que ha asignado a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer la mayor jerarquía en la pirámide legal. En el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional se menciona que todos los tratados de derechos humanos allí incorporados tienen jerarquía constitucional, dejando abierta la posibilidad de que se incorporen otros instrumentos de derechos humanos, mediando aprobación por mayorías especiales en el Congreso Nacional.

Si bien esto ocurre, tenemos que tener en cuenta que estos derechos se incorporan como derechos programáticos, encomendando su regulación al legislador u otra autoridad de la república para que recién allí sea posible que los jueces puedan aplicar estas normas. Al no contener operatividad, necesitan de otras normas para adquirir exigibilidad.

Allí nos encontramos con una traba fundamental para exigir derechos de género que, si bien quedaron enunciados en la Constitución, no podemos exigirlos sin norma que los haga operativos y en otro orden, que reglamente su operatividad, quedando entrampados en el funcionamiento del derecho y de un Estado invisibilizado en sus obligaciones de cumplimiento, un estado que omite en el decurso del tiempo, poner en funcionamiento la articulación normativa necesaria para hacerse cargo de sus responsabilidades que debieran ser inmediatas.

La ilusión del derecho a la igualdad como punto de partida

Puede resultar casi un lugar común denunciar que las mujeres somos víctimas de toda clase de violencias. Estas violencias atraviesan ámbitos públicos y privados, se retroalimentan en ámbitos variados: desde los enmascarados posicionamientos en el terreno afectivo tributario del modelo de amor romántico, las organizaciones domésticas, las exigencias objetualizantes de la estética, la división sexual del trabajo o el estrecho accionar judicial que involucra a operadores y a decisiones judiciales moldeadas por el mismo orden. Puede resultar un lugar común, una protesta recurrente, un enunciado remanido, y en esa posibilidad se esconde una operación invisibilizante de una verdad: la supuesta igualdad entre mujeres y hombres, no existe.

A pesar de las luchas de los feminismos por reivindicar los derechos de las mujeres, todavía estamos en un estado temprano del proceso por equiparar desigualdades estructurales. Las desigualdades en el terreno laboral, la violencia en ámbitos domésticos, la violencia sexual, violencia obstétrica, violencia psicológica hacia las mujeres apuntan a domesticar cuerpos para que el avance de las reivindicaciones y los reclamos por igualdad y justicia no sean posibles. Y estos términos exceden la lógica del patriarcado: no es posible la vida comunitaria si persiste la injusticia social.

La ilusión de la supuesta “igualdad conquistada” no es más que una represa para desalentar reclamos, para compeler sujetos a la normativa ya establecida.

En el capitalismo hétero-patriarcal, en términos de paradigma, como sujetos de producción, no solo nos vemos compelidos a la producción de bienes y servicios. También producimos verdad. En este sentido, el patriarcado ha desarrollado su estrategia más poderosa: no solo en el sentido de producir verdad. El sistema patriarcal produce interpretaciones, condicionamientos de la realidad y, por lo tanto, significa.

Dado el modo de producir verdad del patriarcado, hablar de igualdades conquistadas y ya establecidas es un modo de invisibilizar que la tarea de transformar la sociedad en un sistema justo y equitativo recién comienza y que todavía no existen situaciones fácticas de igualdad en ningún ámbito social, salvo en una dimensión enunciativa.

El orden judicial no es una excepción a esta regla. Mientras que se generan leyes de abordaje de situaciones de violencia contra las mujeres y protocolos institucionales para tratar y abordar casos puntuales de violencia, no existe un tratamiento de género efectivo en la justicia, ni en sus procedimientos, ni en la capacitación regulada de sus operadores, ni en las decisiones de las juezes teñidas de valoraciones opresivas hacia las mujeres.

Esta desinteligencia o falta de voluntad política para el tratamiento de la problemática no arroja otro resultado que el de mujeres sometidas, excluidas, golpeadas, violadas, encerradas, muertas: mujeres desarticuladas.

Existen políticas detrás de la ausencia de legalidad como también detrás de las medidas de protección. En el caso específico de las mujeres, las medidas de protección suelen estar ligadas a la política de control.

Si bien los sectores de la población ligados a la pobreza son aquellos más padecientes de estas políticas, dado su grado de vulneración, en el caso de las mujeres y otras realidades de género, la situación se agrava dado el imperio del patriarcado como política de dominación.

Hablar de igualdades establecidas al amparo de derechos humanos ya es ocultar que la violencia sobre las mujeres sigue operando y hasta con mayor intensidad. Estas igualdades son un espejismo.

En ese “como si” desdibuja el acceso al pleno ejercicio de derechos. Es común leer resoluciones judiciales en los que se desvirtúan situaciones de clara violencia de género basadas en el presupuesto de que son existentes condiciones de igualdad que no existen. Desde allí es el mismo Estado el que perpetra violencias y desigualdades. Desde un marco legislativo tenemos que ser conscientes de la necesidad de una operatividad facilitadora de justicia e igualdad, y desde las responsabilidades de caben al Estado como agente promotor y garantista de derechos, tenemos que ir a la responsabilidad Estatal en caso de acciones u omisiones que violen derechos fundamentales de las personas.

Para ello es necesario volver a las responsabilidades de los agentes que ejecutan decisiones en el ámbito estatal. Hablamos de jueces, de legisladores, funcionarios de la administración pública. Es necesario promover sumarios, juicios políticos y todo tipo de procesos que cuestionen el accionar de las responsabilidades individuales en ejercicio del poder estatal.

En Argentina no existe un cuerpo legislativo nacional para tratar la violencia de género, las leyes regulatorias y sus procedimientos se establecen de acuerdo a la política de cada provincia o gobierno, y este tema sí debe ser abordado por una constitución Nacional. Los derechos de género y su operatividad deben quedar enmarcados en una nueva constitución de género. Una constitución debe forjarse en la inclusión social.

VI. Instituciones, derecho y género

En estas dos últimas décadas, a través del compromiso y del trabajo de abogadas en el ámbito nacional, promotoras de

la generación de un feminismo jurídico, inspiradas en feminismos, tanto estadounidense como latinoamericano, se han producido modificaciones tanto en la legislación como en el ámbito de la justicia local.

Las críticas al carácter androcéntrico del derecho, dieron lugar a la creación de una institucionalidad de género en la justicia, no sin que se deslice un carácter paradójico: las mismas prácticas que recogen denuncias son aquellas que por sus modalidades, por la precaria o ausente formación en temática de género de los operadores receptores de las denuncias y por otras cuestiones relativas a los procedimientos procesales, estas prácticas suelen devenir violatorias de derechos, por lo tanto, desde lo institucional se vuelve a vulnerar a la víctima.

El derecho, y en particular, los criterios normativos que lo rigen implican la valoración objetiva y subjetiva de una conducta, planteando un borde entre lo que es socialmente aceptado y lo que excede esa aceptación. En función de ese umbral asigna responsabilidades y penas específicas de acuerdo con un criterio de valoración plasmado en una legislación codificada, en el caso específico del derecho argentino.

Desde una pretendida neutralidad quedan por fuera aspectos estructurales que afectan las relaciones sociales y asignan a sujetas y sujetos distintos posicionamientos que hacen a una desigualdad jurídica, entre otras desigualdades sociales.

Cuando hablamos de género, hablamos de una categoría social, de una construcción que supone acuerdos explícitos o tácitos dentro de un grupo social y momento histórico determinado. Este acuerdo está incrustado en la cultura de modo que atraviesa transversalmente a toda una sociedad, estereotipando sus conductas. La perspectiva de género comprende el abordaje de estos fenómenos sociales y ha desarrollado herramientas específicas tendientes a visibilizar, cuestionar, analizar, y diseñar políticas públicas, para crear políticas públicas para lograr una paridad social.

Como ya dijimos, el campo de la justicia no es la excepción y las lógicas sociales y culturales conforman un parámetro con el que se estipulan conductas razonables, esperadas, conductas normalizadas. Las decisiones de los magistrados, en cuanto a la conducta esperable y a considerar conductas delictivas, por acción u omisión de aquello que era lo esperable, no tienen en cuenta, en muchas oportunidades, aquello que escapa por estar invisibilizado, que es la desigualdad estructural establecida por razones de género.

Los nuevos marcos institucionales no se han instalado sin conflictos y tensiones, incluso teniendo en cuenta una postura Estatal resistente a la conservación de un statu quo. Son actores sectoriales especializados los que han logrado, a través de la negociación, el alojamiento y tratamiento de intereses diversos.

A partir de la recuperación de la democracia, también comenzó a haber un marco más propicio para la formulación de otros reclamos y la creación de espacios en pos de visibilizar y reclamar derechos igualitarios.

Desde esta perspectiva, tanto el espacio público como el espacio privado fueron problematizados y han sido intervenidos con leyes específicas basadas y reguladas por nuevas legislaciones internacionales tendientes a erradicar la violencia de género y toda forma de discriminación: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (1) y su Protocolo facultativo (1979), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para” (2), que propone el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado y su reivindicación dentro de la sociedad y también legislación impulsada por movimientos de mujeres y feministas, y también, desde los últimos años, colectivos LGBTI y colectivos por la diversidad sexual.

La finalidad de los marcos normativos internacionales y de sus programas específicos, consiste en establecer un marco regulatorio y reparador de desigualdades provenientes de políticas públicas que como estas son un reflejo directo de un orden establecido; y solucionar injusticias producidas basadas en estas desigualdades.

En Argentina, en el año 2009, se sanciona la Ley 26.485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Esta Ley surge con el apoyo del Consejo Nacional de las Mujeres, y a través de un proceso de participación y reflexión, involucrando sectores de la sociedad civil y de áreas involucradas en esta Ley. Este trabajo se realizó para comprender la trascendencia de la problemática de las violencias contra las mujeres.

El objetivo de esta legislación ha pretendido plasmarse en la creación de oficinas específicas para la atención de reclamos de mujeres u oficinas de atención especializadas en diversidad sexual; también se adoptaron medidas de afirmación positiva como la inclusión de mujeres en cargos públicos; y también se generaron políticas y se diseñaron planes para la transversalización del género en la institución estatal, políticas y medidas que aún están en su fase inicial de desarrollo y que evidencian problemáticas propias de una etapa de evidencia experimental, sin criterios claros en el diseño de programas de transversalización. En este sentido, se han realizado experiencias de cursos de perspectiva de género en oficinas públicas y no hay acuerdo sobre si esos cursos deben ser obligatorios o no. Las opiniones que avalan la opcionalidad de los mismos se fundan en la idea de que pueden generar posiciones reactivas y efectos contraproducentes. Otras experiencias, han arrojado efectos positivos ante la imposición de la realización de jornadas de perspectiva de género obligatorias. Todavía no hay una estadística clara que permita investigar el impacto de este tipo de políticas.

VII. Soberanía, Género y Constitución. Hacia dónde vamos

¿Cómo pensar Soberanía, Género y Constitución? Tres palabras, que están escindidas de la realidad en la que vivimos, en los marcos institucionales, en un Estado que por sus prácticas y sus omisiones viola derechos humanos fundamentales de las mujeres, de las diversidades de género.

Pensar hoy en la soberanía desde un espacio de género nos coloca en el lugar de resignificar este concepto para transformar el régimen héteropatriarcal, productor de desigualdades necesarias para su conservación.

Esta transformación no será posible si no vamos a las normas y entre ellas a la carta fundamental de un estado, la Constitución Nacional.

Hacia una soberanía de género

Sabemos que lo personal es político. Este saber lo llevamos inscripto en el cuerpo. La politización de la vida no es otra cosa que la comprensión de la vulnerabilidad propia y las ganas de establecer los nuevos umbrales de la dignidad colectiva.

El héteropatriarcado es una forma de vida, un sistema cultural, y cómo tal ha disciplinado nuestros deseos, anhelos, aspiraciones, ha disciplinado nuestros cuerpos.

Por lo tanto, no solo hay que resistir en pos de reivindicarnos como sujetas autónomas y soberanas, tenemos que exigir normas de convivencia que garanticen nuestros derechos, una norma fundamental que sea lo suficientemente sólida como para crear un estado sustentable en igualdad y justicia. Una norma que garantice nuestras libertades individuales y colectivas.

Sabemos que una justicia que no es de género no es justicia, una Constitución que es arrasada día a día por las prácticas de una ley no inscripta, que es la ley patriarcal, no es efectiva, y toda norma que cae en desuso es arrasada.

Con respecto a la legalidad desde aspectos simbólicos, no queremos que la norma sea arrasada, porque si la ley declina,

surgen otros ordenamientos, esos que son abusivos, esos que constituyen la fuerza subterránea que hoy promueve los femicidios, avalados por estados feminicidas, las violaciones, la condena social hacia las mujeres, hacia las diversidades sexuales, los padres abusivos (y es tan vigente recordar a ese padre de la horda patriarcal en estos tiempos dónde la ley está flojita), la violencia de género, los excesos y abusos de la justicia con las mujeres en los juzgados de familia, los malos tratos institucionales hacia las mujeres que denuncian, hacia las mujeres que van a parir, hacia las mujeres que trabajan en mercados negros, hacia las mujeres acosadas, que permiten la trata, la explotación, los femicidios continuos e invisibilizados de compañeras travestis, la explotación sexual infantil de niñas, de torturas y deshumanización de las compañeras privadas de libertad en la cárcel, el derecho restringido es el de la libertad, no todos los demás derechos produciendo deshumanización y derrumbamiento subjetivo). Y así podría seguir lo que queda de la jornada porque hay algo que se desprende que es evidente, inocultable, algo por lo que estamos acá reunidos: **sin derechos humanos, sin derechos fundamentales garantizados no existe estado de derecho. Sin una constitución de género, no hay justicia social.**

¿Cómo entonces no pensar en la necesidad de una nueva constitución, una constitución de género?

El derecho a la vida, tan puesto en cuestión en el último año en relación al aborto, en reclamo de las soberanías del cuerpo, aborto, tenemos que considerar, en defensa del derecho a la vida que por mueren miles de mujeres y niñas por año por prácticas de abortos clandestinos y que muchas niñas y mujeres son obligadas a ser madres en situaciones luego de ser violadas.

La apuesta radical por la vida no consiste en reivindicar la Vida en mayúsculas sino en tomar una posición en torno a los límites de la vida digna.

Defendiendo el derecho a la vida impulsamos regulaciones especiales para detener los femicidios, debemos demandar

respuestas y accionares concretos al Estado, a través de sus funcionarios y jueces, para que este no sea un Estado Feminicida

Es un buen punto de partida, generar leyes que protejan la vida digna de todas y todos, y esto supondrá también subvertir los valores y la racionalidad del sistema patriarcal y para eso, necesitamos empezar con una Constitución fuerte e inclusiva.

Por lo tanto, la propuesta transformadora tiene que construirse desde la vida cotidiana. Por eso son necesarios los saberes de esas cotidianidades para legislar realidades y no imaginarios disciplinantes. Esta propuesta pasa por reapropiarnos de las soberanías desde los aprendizajes de género, para así poder construir la Soberanía de Género. Una soberanía que hay que poner en marcha más allá o, mejor dicho, más acá de los Estados. La soberanía hay que pelearla desde la vida misma.

En este sentido, la soberanía es un proceso individual y colectivo. El concepto de soberanía parte desde el propio cuerpo, parte de las libertades económicas, por la equiparación de recursos en tanto que las mujeres solemos ser asignadas también a tareas no remuneradas que debilitan nuestros espacios decisorios. Sabemos que la incorporación de la mujer al ámbito laboral remunerado ha implicado una doble carga de trabajo para las mujeres, quienes seguimos cuidando a nuestros hijos y otros familiares, mientras trabajamos para obtener ingresos, mayoritariamente, en empleos precarios. Contamos con condiciones laborales peores que las de sus compañeros recibiendo una remuneración económica inferior por las mismas tareas y teniendo que trabajar más tiempo para percibir los mismos ingresos. Sabemos que en los mercados laborales estamos en clara desventaja, no solo porque llevamos la ocupación de la mayoría del cupo laboral en negro, o porque ganamos menos (entre el 27 y el 40 por ciento) sino porque también trabajamos en forma no remunerada en las economías familiares que sostienen al varón privilegiado en su desarrollo laboral, económico y profesional.

El acceso al campo laboral remunerado es un derecho de todas y todos que debe estar enmarcado en el Cuerpo de una nueva constitución. El reconocimiento del trabajo a través de la remuneración está ligado al reconocimiento de la dignidad humana.

Y desde allí en adelante, porque para ser soberanas hoy necesitamos tener las capacidades, los recursos (materiales, afectivos y relacionales) y las instituciones sociales que nos permiten construir las vidas que queremos vivir.

Para ser soberanas hoy, necesitamos tener el poder de movilizar y decidir sobre los recursos o elementos que son indispensables para la reproducción de la vida. Esto implica que necesitamos cuestionar y reinventar las instituciones sociales mediante las cuales organizamos y sostenemos nuestras vidas.

En este sentido, la soberanía de género implica democratización política, ya que significa que las sujetas somos sujetas políticas y protagonistas del cambio de nuestras vidas. Por eso estamos trabajando hacia nuestro empoderamiento, para el ejercicio del poder reconocido, para ser voces, con cupos igualitarios en instituciones, los partidos, los sindicatos y los movimientos sociales.

Superar la lógica productivista, garantizar el reconocimiento y el reparto colectivo de los trabajos domésticos y de cuidados, así como garantizar los ingresos igualitarios y la remuneración de tareas hasta ahora no remuneradas, para superar así la división sexual del trabajo, superar los modelos actuales de familia, amistad y de sexualidad, y revolucionar los modelos hegemónicos de identidad sexual, son imperativos que demás está por decir, necesitan el amparo de una nueva constitución.

VIII. ¿Por qué una Constitución de Género?

Una Constitución de género debería regirse por el principio de **paridad democrática** en todos los procesos y órganos decisorios; que se constitucionalice un derecho a la educación en

la diversidad, de carácter no sexista: la educación tendría que orientarse a formar identidades masculinas y femeninas que superasen los lastres del patriarcado: la mística de la feminidad en el ámbito privado y los procesos de masculinización en el espacio público.

Necesitamos una Constitución que garantice el **derecho a una vida libre de violencias machistas**; violencias con las que no ha logrado acabar nuestras leyes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni las leyes provinciales (porque es curioso que además no haya una ley nacional, entonces las provincias, al amparo de los posicionamientos feudo patriarcales reinantes regulan a su albedrío). Entonces, cabe insistir: proteger nuestros derechos en el nivel infraconstitucional es abiertamente insuficiente.

Los **derechos sexuales y reproductivos** deberían contemplarse constitucionalmente. El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, será Ley.

Queremos una Constitución de Género que asuma que nuestros cuerpos son también la última frontera en la conformación y la deconstrucción de nuestras identidades, de manera que, cuando hablamos de derechos sexuales y reproductivos, hemos de hablar también de interseccionalidad y transfeminismo.

Una Constitución feminista que regule derechos para evitar la interiorización del *locus* reproductivo y de cuidados, la marginación de quienes se ocupan del sostenimiento de la vida y de quienes depende, en buena parte, nuestro sistema productivo, incorporando el **derecho al cuidado** y el **derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral** como proyección del libre desarrollo de la personalidad.

Necesitamos una Constitución de Género que garantice el **derecho a los consumos vitales básicos de luz, agua y gas**, que deberían ser definidos y gestionados como **bienes comunes**; debería poner en marcha políticas públicas de mayor impacto comunitario, recuperar el control público de los servicios esenciales para garantizar el derecho a la subsistencia

(vivienda, agua, energía, sanidad), y limitar, por todos los medios, la concentración de la riqueza y la especulación de los grandes oligopolios.

Queremos una Constitución que garantice el derecho de las personas al acceso a la justicia, pero el efectivo acceso a la justicia y no un mercado elitista de acceso que se define por la capacidad de invertir mayores recursos, como sabemos que pasa. Queremos una justicia dinámica, una justicia justa que expuse a jueces injustos, que cumpla con el cupo igualitario y se acceda a sus cargos por voto popular, como ocurre con los otros dos poderes) ¿por qué la justicia es el único poder al que no se accede por el voto democrático?

Queremos una justicia de género, no queremos una justicia feminicida,

Sabemos que la Constitución en su artículo 75, inciso 22, integra tratados internacionales, y esto, no significa de modo alguno que estos sean complementarios y accesorios de la parte dogmática de la Constitución Nacional, sino que integran el plexo de valores, irradian principios y postulan mandatos normativos de orden público de la misma manera que el texto constitucional vernáculo reconociera desde los albores de su institucionalidad a la fecha.

Integrar es ser parte de, y por ello, dice el mandato, “tienen jerarquía” con lo que ubica en grado de paridad con la parte dogmática, siendo las expresiones subsiguientes explicativas de tal prescripción indudable.

Releyendo la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, ONU), o al leer la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Para, OEA), es posible observar con claridad que este estado no garantiza casi ningún derecho allí establecido.

Dice el art. 4 que Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los

instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a. el derecho a que se respete su vida;
- b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d. el derecho a no ser sometida a torturas;
- e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;
- g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;
- h. el derecho a libertad de asociación;
- i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y
- j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Los derechos fundamentales quedan en el nivel enunciativo si no tenemos leyes programáticas, leyes que reglamenten su ejercicio y obligatoriedad, leyes que operen como garantía de los mismos y esa obligatoriedad hacia el Estado debe quedar claramente escrita en una Nueva Constitución de Género.

Sabemos que, ante las lagunas legislativas, los poderes de turno y el presente poder patriarcal rellena huecos con sus propias normas disciplinantes.

Sabemos que los estados violan derechos y garantías por omisión. Pero esas operaciones no son azarosas ni dependen siquiera del poder de turno en su totalidad, es la norma patriarcal la que rige imperativamente en pos del disciplinamiento de lo femenino en pos de su dominación y explotación. Por eso, cuando hablamos de garantías, estas no pueden ser planteadas en términos de abstracción. Un estado tiene un rol activo como

garante de la soberanía individual y colectiva de las mujeres. En su rol activo debe sancionar a quienes violen los derechos de las sujetas.

Si retomamos el espíritu de la Constitución del 49, y tomamos conciencia de la necesidad de una constitución que introduzca modificaciones sustanciales amparando derechos sociales, necesitamos una Nueva Constitución de Género.

No queremos más una constitución de hombre y para hombres, queremos una constitución para todas las personas.

La dimensión social del derecho a la comunicación: la necesidad de su constitucionalización. Algunas reflexiones a propósito de los 70 años de la Constitución de 1949

*Analia Eliades*¹ | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 11 Otoño 2019 (21 marzo a 21 junio), 708-723

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e298>

I. Notas introductorias y contextuales. La necesaria mirada histórico identitaria

Los 70 años de la Constitución de 1949 se presentan como una oportunidad para mantener viva la memoria colectiva integrante de nuestra identidad, bucear sus huellas en la expresión socio-jurídica actual y provocar reflexiones y análisis, a pesar y más allá de las voces detractoras presentes en la historiografía argentina².

¹ Abogada (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP), Periodista y Licenciada en Comunicación Social (Facultad de Periodismo y Comunicación Social UNLP), Especialista en Derechos Humanos (Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid), Doctora por la Universidad Complutense de Madrid.

² Cruel paradoja de constitucionalistas argentinos, que en sus tratados y manuales justifican no sólo el golpe de Estado de 1955 sino la derogación de una Constitución por un bando militar. Entre esos autores se encuentra Germán Bidart Campos, quien al comentar el decreto del 27 de abril de 1956 y la proclama militar del 1º de mayo de ese año que derogara la Constitución de 1949 y restableciera la Constitución de 1853, sostiene: "El acto comentado, con base en el derecho de la revolución triunfante, fue para nosotros perfectamente legítimo y válido, en la medida en que la emergencia confería al gobierno de facto la competencia de derogar todas las normas totalitarias y de depurar las instituciones viciadas. El ejercicio del derecho de resistencia a la opresión no quedaba agotado con la destitución de los gobernantes de 1955 sino que alcanzaba a la supresión de los instrumentos fundamentales del régimen instaurado por ellos. La derogación de la reforma de 1949 no significó ejercicio

Vale aquí recordar, al menos básicamente, que la Constitución de 1949 fue nuestra elaboración autóctona y democrática del constitucionalismo social -inaugurado en América Latina con la Constitución de México de 1917- incorporando a nuestra norma fundamental los derechos de los trabajadores; de la familia; de la ancianidad; de la protección universal de la salud; de la educación en todos sus niveles; de la ciencia, el arte y la cultura; de la enseñanza primaria obligatoria y gratuita; la autonomía universitaria y la concepción de la universidad como centro del desarrollo de las regiones; la protección del patrimonio cultural de la Nación; la función social de la propiedad; la igualdad entre hombres y mujeres; la propiedad imprescriptible del Estado sobre las fuentes de energía y los recursos naturales y la prestación de los servicios públicos como función irrenunciable del Estado. También estableció la elección por voto directo para diputados, senadores y presidente; y la posibilidad de reelección del mismo.

El 5 de diciembre de 1948 se eligieron constituyentes en elecciones libres, democráticas y con una importante participación ciudadana, aunque lamentablemente sin voto femenino y sin posibilidad de elegir a mujeres convencionales ya que la Ley N° 13.010³ recién se operativizó en las elecciones de 1951.

La Convención Constituyente deliberó en Buenos Aires y sus sesiones preparatorias comenzaron el 24 de enero de 1949. El 11 de marzo sancionó el texto reformado y se concluyó con su juramento el 16 de marzo de ese año. A partir de su jura, la nueva Carta Magna rigió durante más de seis años, hasta que el golpe de Estado de 1955 con su reiterada violación a la vida democrática y al Estado de Derecho, la derogara y declarara vigente mediante una proclama militar, la constitución de 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898.

formal del poder constituyente. El acto se limitó a restituir la vigencia de la constitución válidamente establecida en 1853 con sus posteriores reformas también válidas, y a devolver al pueblo su estatuto normal y originario". Bidart Campos, G. "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ediar. Buenos Aires, 1981, Págs. 85/86.

³ Ley N° 13.010. Derechos políticos de la mujer. B.O.: 27/09/1947.

Por Decreto 229/1956 de 27 de abril, el gobierno dictatorial derogó la Carta Magna de 1949 y posteriormente convocó, con la proscripción de la fuerza política mayoritaria, a elección de convencionales constituyentes, cuya Convención decidiera la inclusión del artículo 14 bis, que receptara parcialmente algunos de los contenidos de la Constitución de 1949.

No nos detendremos aquí en la objeción formal que sirviera de pretexto para la derogación de la Constitución del 49, centrada en el defecto de votos en el ejercicio del poder preconstituyente, porque ante el hecho consumado de su eliminación lo que hoy vale la pena reconocer son los aportes, las huellas y las perspectivas abiertas con la instauración de los derechos sociales, económicos y culturales que nos legara su contenido y su espíritu, en el que sin duda, la obra y el pensamiento de Arturo Sampay poseen un sello distintivo.

Y porque el auténtico motivo de su derogación, no fue formal, sino de fondo y radicaba en las molestias y obstáculos que los contenidos de los artículos 38⁴, 39⁵ y 40⁶ integrantes del

⁴ Constitución de 1949. Art. 38. "La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común.

Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el art. 4°. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invención o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. La confiscación de bienes queda abolida para siempre de la legislación argentina. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones ni exigir auxilios de ninguna especie en tiempo de paz".

⁵ Constitución de 1949. Art. 39. "El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino".

⁶ Constitución de 1949. Art. 40. "La organización de la riqueza y su explotación, tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado de acuerdo con las limitaciones y el

Capítulo IV, sobre la Función Social de la Propiedad, el Capital y la Actividad Económica, tenía para el poder económico hegemónico, no sólo a nivel local, sino en el plano internacional. La autodeterminación como pueblo y el reconocimiento constitucional de la soberanía política, económica, alimentaria y ambiental no podía ser tolerada por los factores de poder y de presión integrantes del capitalismo fundamentalista.

Coincidimos con Zaffaroni en cuanto ha dicho: “A la Constitución de 1949 se la quiso borrar de la historia. El pecado no consistió en criticarla u objetarla, sino en pretender borrarla. Por primera vez en la historia patria un decreto emitido en función de pretendidos poderes revolucionarios, derogó una Constitución Nacional y Constituciones provinciales, trascendiendo en mucho su sentido meramente fáctico para hacerle adquirir la dimensión de una tentativa de ruptura del tiempo. Otras aberraciones se habían cometido –y no pocas- pero esta trasciende su propio alcance inmediato y proyecta su sombra nefasta sobre las décadas posteriores”⁷.

régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto, dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.

Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias.

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

El precio por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión, y los excedentes sobre una ganancia razonable, que serán considerados también como reintegración del capital invertido”.

⁷ Constitución de la Nación Argentina 1949. Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2009 –en el marco de los sesenta años de la Constitución de 1949-, edición a cargo de la Dirección de Prensa y Comunicación del Archivo Nacional de la Memoria. Buenos Aires, 2009. Estudio Preliminar del Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni, p. 16.

II. Notas actuales del constitucionalismo social en la reforma de 1994 y en la jurisprudencia de la CSJN

La reforma constitucional de 1994 se constituyó en una oportunidad para incorporar y actualizar en el texto de nuestra Carta Magna, derechos de profunda raigambre social⁸. El reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos con la introducción del Artículo 75 inc. 22 permitió expandir la protección de los derechos individuales y las libertades ya reconocidas en la Primera Parte de Declaraciones, Derechos y Garantías y sumó Nuevos Derechos y Garantías en el Capítulo II en los Artículos 36 a 43. Así, se incluyeron cláusulas de protección del orden constitucional (art. 36), del sufragio (art. 37); el reconocimiento explícito de los partidos políticos (art. 38); el derecho a la iniciativa popular (art. 39); la consulta popular (art. 40); la protección del medio ambiente (art. 41); la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios (art. 42), y el reconocimiento del amparo, el hábeas corpus y el hábeas data (art. 43).

Cabe apuntar aquí, que entre las omisiones del Poder Legislativo en cumplimiento de los mandatos constitucionales previstos en el artículo 43, se encuentra la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos o las denominadas “acciones de clase”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación viene recordando esta necesidad desde el año 2009 con el caso “Halabi” (Considerando 12° de Fallos: 322:111) y mientras tanto ha dictado el 5 de abril de 2016 la Acordada N° 12/2016, por la que aprobó el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos” que tiene vigencia “hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule este tipo de procesos” (art. IV)⁹.

⁸ Ziulu señala que la reforma de 1994 agregó otras expresiones y contenidos a la Constitución que reconocen como origen a los postulados del constitucionalismo social. Ziulu, Adolfo G. “Derecho Constitucional”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 63.

⁹ Texto disponible en la web oficial del Centro de Información Judicial: <https://www.cij.gov.ar/nota-20757-La-Corte-Suprema-aprob--un-reglamento-de-actuaci-n-en-procesos-colectivos.html>

De esta manera, a pesar de la derogación de la Constitución de 1949, sus aportes emergen y resurgen con cada manifestación y necesidad social y se cuela por cada entresijo que puede encontrar para hacerse presente en el reconocimiento de la justicia social, por ello era inevitable su presencia y su espíritu en las incorporaciones de 1994.

Podemos preguntarnos también si la Constitución de 1949 es fuente de nuestro derecho, no sólo como mero antecedente, sino como fundamento de decisorios judiciales. Así encontramos que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentran presentes los legados de la Constitución de 1949.

Al respecto, entre otros fallos, señalamos los siguientes, en los que se da cuenta de la importancia que los contenidos que la Constitución de 1949 sigue teniendo en la fundamentación de la jurisprudencia actual, lo que le otorga una particular vigencia:

- *“En efecto, la Argentina otorgó jerarquía constitucional a los derechos sociales al reformar su Constitución Federal en 1949. A su vez, la Constitución reformada en 1957 se hizo eco de estas conquistas sociales al acuñar las normas que en el art. 14 bis establecen los derechos de la seguridad social en nuestro país”.* (Consid. 11 de la mayoría suscripta por Highton, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti en la Causa FPA 7789/2015, “García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”. Sentencia del 26 de marzo de 2019).
- *“Que bajo la impronta de la justicia social, la Argentina otorgó jerarquía constitucional a los derechos sociales al reformar su Constitución Federal en 1949. A la luz de este valor comunitario, su texto sujetó el reconocimiento de los derechos sociales a dos principios señeros: por un lado, que la justicia social es un objetivo que se logra por etapas y que no admite retrocesos para avanzar hacia el perfeccionamiento del bienestar del hombre asegurando su dignidad; por el otro, que los derechos del trabajador alcanzan a la totalidad de los habitantes de la Nación*

(Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949, p. 312).

Que en este marco de reconocimiento de las reivindicaciones de las clases trabajadoras, la Constitución de 1949 incluyó un decálogo de derechos de la Ancianidad en el apartado 111 del artículo 37: derecho a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física, al cuidado de la salud moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad y al respeto. Al fundar la necesidad de dictar este artículo con el objeto de distribuir más justamente los beneficios del trabajo, Arturo Sampay advertía la necesidad de hacer frente a “la angustiada ansia contemporánea por una sociedad en la que la dignidad del hombre sea defendida en forma completa. La experiencia del siglo pasado y de las primeras décadas del presente demostró que la libertad civil, la igualdad jurídica y los derechos políticos no llenan su cometido si no son completados con reformas económicas y sociales que permitan al hombre aprovecharse de esas conquistas. Si se sume al hombre en la miseria, le resulta muy difícil la virtud, y si no cuenta con una economía estable que le dé seguridad para el mañana y confianza en el porvenir -el derecho a la seguridad social, como ahora se llama- pierde todo estímulo para ocuparse en la vida pública y está obligado a someterse a la voluntad de quien es económicamente más fuerte, con lo cual queda relegado al margen de la vida social(Informe del despacho de la mayoría de la Comisión revisora de la Constitución en el debate en general, cumplido por el Dr. Arturo Enrique Sampay (8 de marzo de 1949), “Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Tomo 1, p. 494)”. (Considerandos 8° y 9° del voto en disidencia del Dr. Maqueda en la Causa “Cahais, Rubén Osvaldo c/ ANSES s/ reajustes varios”, CSJN 18/04/2017 C. 928. XLI. ROR. Fallos: 340:483.)

- *“Que, por una parte, en nuestra Constitución Nacional se ha reconocido que el Estado debe otorgar los beneficios de la seguridad social “que tendrá carácter de integral*

e irrenunciable” y en especial se previó que la ley establecerá “el acceso a una vivienda digna, (art. 14 bis, tercer párrafo, tributario en este punto del art. 37 de la Constitución de 1949). A su vez, la reforma operada en 1994 reforzó el mandato constitucional de tutela para situaciones de vulnerabilidad como la que es objeto de examen al advertir que el Congreso debe “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen (...) el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad (...)” (primer párrafo del art. 75, inc. 23). (Del voto conjunto de Lorenzetti, Highton, Fayt, Maqueda y Zaffaroni en la Causa “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” 24 de abril de 2012 Fallos: 335:452).

• *“Que no está demás recordar que, en lo que atañe a nuestro país, la tendencia a dar una ubicación preferente dentro del ordenamiento jurídico interno a los derechos laborales y sociales postulados a nivel universal se hizo patente en el curso de las deliberaciones que precedieron a la reforma constitucional de 1949. Cabe destacar que, en ese entorno, frente a la postura sostenida por el Convencional Sobral, para quien los derechos fundamentales del trabajador no debían figurar en el texto constitucional sino en el código del trabajo, el Convencional de Virgilio defendió la tesis contraria, que finalmente prevaleció, esto es la expresa consagración en la Constitución “...porque así se asegura en el estatuto fundamental un derecho que no podrá ser alterado en el futuro y a cuyas prescripciones tendrá que ajustarse el código que se dicte como consecuencia de ese mandato imperativo e inalienable de la nueva Constitución. De otra manera, en el Código del Trabajo que pudiera estructurarse por el Honorable Congreso no sabemos en qué forma y hasta qué punto serían contemplados los auténticos derechos del trabajador” (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1949, pág. 387). (Considerando 7° de la mayoría compuesta por los*

Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni en la Causa “Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad s/ part. accionariado obrero”, CSJN, 12 de agosto de 2008 Publicación: Fallos: 331:1815 en el que se tratara el tema del derecho de los trabajadores a participar en las ganancias (PPP).

III. Notas sobre la dimensión social del derecho a la libertad de expresión, a la información y a la comunicación

El constitucionalismo social y el reconocimiento de los derechos sociales, trajo consigo una nueva interpretación de la clásica mirada liberal de la libertad de expresión, el derecho a la información y a comunicar basadas en los artículos 14 (conforme el texto redactado en 1853 y que en la Constitución de 1949 era el artículo 26) y 32 (incorporado en 1860) de la Constitución Nacional.

En este nuevo entendimiento de la libertad de expresión no serán ajenos los trabajadores de prensa, quienes no sólo van a reivindicar sus derechos laborales y sociales, sino también, que aportarán un concepto fundamental: la información no es una mercancía, sino un bien social, en el que los trabajadores del sector tienen una responsabilidad social que cumplir. También nacerán los códigos de ética periodística, los Consejos de Prensa, y fundamentalmente, la organización gremial de los trabajadores del sector.

“Con la etapa profesionalista de la Información comienza a cobrar fuerza, por el contrario, que la jerarquización de los bienes informativos es, sobre todo, una cuestión jurídica. Es el fin —es decir, la Información- lo que ha de prevalecer en la cúspide de la jerarquización. El informador no trabaja para la empresa, sino para la Información, aunque lo haga -eso sí- en la empresa, con la empresa y desde la empresa”¹⁰.

¹⁰ Soria, Carlos. Lección inaugural del Curso 1987-1988, de la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad de Navarra.

En nuestro país, el reconocimiento jurídico formal de esta etapa la encontramos con y a partir del Estatuto del Periodista Profesional Decreto Ley 7618/44 (25-03-44) y ratificado por Ley N° 12.908 (B.O.: 11-09-1947), que aún sigue vigente y que ha resistido, gracias a la lucha de los trabajadores, los intentos de su derogación en el marco de las políticas neoliberales y de flexibilización laboral.

Los aportes, formulaciones y luchas del sujeto profesional de la información, sin duda son cruciales para un entendimiento totalmente nuevo de la clásica concepción de la libertad de expresión, que la ampliará de modo tal en su alcance, contenidos, facultades e interpretación, abarcando los más amplios conceptos ya contenidos en la formulación “derecho a la comunicación”.

Ya no se admiten los exclusivismos mediáticos, empresarios ni profesionales. La información es un derecho humano de todos y todas, de cada uno y cada una, por nuestra sola condición de seres humanos. La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en nuestro país, en virtud del artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna ha afianzado esta interpretación con un impacto altamente transformador en el derecho interno argentino.

La dimensión social o colectiva del derecho a la libertad de expresión y a informar requiere también otro rol del Estado. Desde esta perspectiva, Owen Fiss, Profesor de la Yale Law School, sostiene que los debates del pasado asumían como premisa que el Estado era el enemigo natural de la libertad. Era el Estado el que estaba tratando de silenciar al individuo, y era al Estado a quien había que poner límites. Sin embargo, en la actualidad, explica, hay una serie de temas en los cuales el Estado es necesario para ser un amigo o más aún, garantizar las libertades. Una de ellas se refieren al impacto que las concentraciones privadas de poder tienen sobre la libertad de expresión y la necesidad del Estado para contrarrestar esas fuerzas. Así, el estado está obligado a actuar para promover el

debate público cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones, y de este modo: “Habrá que asignar recursos públicos –repartir megáfonos- a aquellos cuyas voces de otra forma no serían oídas en la plaza pública”¹¹.

En este sentido, la mayoría del máximo tribunal constitucional argentino, en la causa “Grupo Clarín SA, Arte Radiotelevisivo Argentino SA, Cablevisión SA, Multicanal SA, Radio Mitre SA y Teledigital SA s/ acción meramente declarativa”, sentencia pronunciada el 29 de octubre de 2013¹², destacó la dimensión individual y social o colectiva simultáneas del derecho a la libertad de expresión y sostuvo la necesidad de la intervención del Estado en la dimensión social. Así, en el considerando 24 de dicha sentencia, la Corte sostiene “que a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual donde la actividad regulatoria del Estado es mínima, **la faz colectiva exige una participación activa por parte del Estado**, por lo que su intervención aquí se intensifica. (El resaltado pertenece a la sentencia).

La Declaración Universal de Derechos humanos de 1948 será fundamental en este entendimiento, así su artículo 19 establece: “*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”.

A partir de la consagración con carácter universal del derecho humano a la libertad de expresión, los tratados internacionales irán reforzando y enfatizando esta interpretación universalista.

¹¹ Fiss, Owen. “La Ironía de la Libertad de Expresión”. Gedisa Editorial, Barcelona, 1999.

¹² Para acceder a la lectura completa de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ver: <http://www.cij.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declar-la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html> Página web del Centro de Información Judicial – Agencia de Noticias del Poder Judicial. Argentina.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece asimismo en el artículo 19:

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece:

- Artículo 13:** 1. *El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.*
2. *El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:*
- a) *Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o*
 - b) *Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.*

Artículo 14: 1. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

En el ámbito interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) establece en su Art. IV: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), el derecho a la información tendrá una consagración especial, instaurando un sistema altamente protectorio y generoso a favor de la libertad de expresión:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles

oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la *violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional*".

Sin duda, el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos nos aporta una mirada señera en materia del derecho a la información, sentido que se realza en los tiempos de la llamada Sociedad de la Información y del Conocimiento.

Así el derecho a la información se manifiesta en su carácter bifronte, como derecho individual pero a la vez, como derecho social o colectivo, como derecho a dar información y como derecho a recibirla, con implicancia pluralista y de apertura. Esta doble condición fue especialmente enfatizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 5/85:

“Las dos dimensiones mencionadas –individual y social– de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas¹³.” (El destacado en negrita nos pertenece).

En el marco de la concepción universalista del derecho a la comunicación, es necesario también recordar los aportes del Informe MacBride, “Un solo mundo, voces múltiples”, que ya en 1980 nos aportaba este concepto:

“...presentamos una formulación de este derecho (en alusión al derecho a la comunicación), que indica la diversidad de sus elementos y el espíritu que le inspira: “Todo el mundo tiene derecho a comunicar. Los elementos que integran este derecho fundamental del hombre son los siguientes, sin que sean en modo alguno limitativos: a) el derecho de reunión, de discusión, de participación y otros derechos de asociación; b) el derecho de hacer preguntas, a ser informado, a informar y otros derechos de información; y c) el derecho a la cultura, el derecho a escoger, el derecho a la protección de la vida privada y otros derechos relativos al desarrollo del individuo. Para garantizar el derecho a comunicar sería preciso dedicar

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 5/85, Serie A, n° 5. “La Colegiación obligatoria de periodistas”. Puntos 33 y 34.

todos los recursos tecnológicos de comunicación a atender las necesidades de la humanidad al respecto¹⁴.

La expresión, la información y la comunicación requieren una mirada integradora de los múltiples aspectos que conforman la vida (desde lo social, lo político, lo económico, lo cultural, lo jurídico, lo antropológico, lo psicológico, etc.), con una perspectiva que reconozca que los derechos humanos constituyen un conjunto coherente, cuyo carácter indivisible debe ser protegido¹⁵.

El principio de indivisibilidad de los derechos de la persona significa que los derechos conforman un todo, cuyos elementos son indisociables en su concepción y aplicación, y en esta concepción indivisible, la expresión, la información y la comunicación se constituyen en elementos centrales de la vida misma.

Los aportes del constitucionalismo social y de la Constitución de 1949 han sido y continúan siendo claves para el entendimiento de la dimensión colectiva del derecho a comunicar, pero también se presentan como una invitación, actual y provocadora, para soñar colectivamente una nueva Constitución, con una nueva matriz de pensamiento, centrada en la igualdad de género, con vocación universalista, de compromiso ambiental con nuestro entorno y con soberanía comunicacional.

¹⁴ Sean MacBride y otros. *Un solo mundo, voces múltiples*. Unesco. Comunicación e Información en nuestro tiempo. Fondo de Cultura Económica, México/UNESCO, París. 1980. Págs. 301/302.

¹⁵ Bernard, A. (1994). "Una barrera contra la barbarie". *El Correo de la UNESCO. Derechos Humanos: Una larga marcha*, 15-17.

Escriben en este número:

ALBISU, Hernán
AMOS, Fernando
BALDI, Eduardo
BATISTA TORRES, Jennifer
BAUGER, Erika Silvina
BENENTE, Mauro
BIBILONI, Homero
CARRARA, Gustavo
CASÁS, Mario Leandro
CELOTTO, Alfonso
CORMICK, Martín
DADIUK, Antares
DÍAS, Ailén
DÍAZ, Juan Francisco
ELÍADES, Analía
FERREYRA, Raúl Gustavo
FIHMAN, Ramiro
GUTIÉRREZ, Joaquín
LAM PEÑA, Reynaldo
LÓPEZ GUILLERMÓN, Juan Cruz
LUXX, Marina
MEDICI, Alejandro
MONZANI, Alejandro
MONZÓN PÁEZ, Fernando

MORENO, Guillermo Raúl
OLIVERO, Eduardo
PRESA, Diego Gabriel
RAIMUNDI, Carlos
SERENO, Natalia
TORRES, Carolina
VÉRTIZ MEDINA, James



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOSENACCION.COM.AR