

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 19, N° 1 | Junio de 2021

LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR EN EUROPA - José María Porras Ramírez • REFORMA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA "PROMETIDA" EN LA ARGENTINA - Raúl Gustavo Ferreyra • LAS FACULTADES NORMATIVAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. FUENTES E INTENTO DE CLASIFICACIÓN - Juan Manuel Lettieri • LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET: UN ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS JURISPRUDENCIALES Y NORMATIVAS EN ARGENTINA - Gisela Ferrari y Julián Prieto • JUICIO POR JURADOS Y DEBIDA DILIGENCIA EN EL JUZGAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO • LAS INSTRUCCIONES AL JURADO - M. Cecilia González • EL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO • Y LA REPRESENTACIÓN LEGAL GRATUITA COMO GARANTE DEL DEBIDO PROCESO LEGAL - Luciana María Luaces Bossini • LA (DES)PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN LA LÓGICA NORTE-SUR - Mariana Magliolo • LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988: UN MODELO DE AUTONOMÍA INSTITUCIONAL EN CONSTRUCCIÓN - Carolina Cyrillo y Luiz Fernando Castilhos Silveira • SISTEMA JURÍDICO Y ENSEÑANZA DEL DERECHO: EL COMMON LAW Y EL MÉTODO DEL CASO - Santiago Legarre y Ed Edmonds • DEVELANDO UNA ÉTICA CÍVICA DE MÍNIMOS COMUNES PARA LA ARGENTINA. ADELA CORTINA Y LA REALIDAD (OBJETIVA) INMATERIAL DE LOS VALORES - Mauricio Devoto



Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

REVISTA JURÍDICA

de la Universidad de Palermo

Año 19, Nº 1 | Junio de 2021

Facultad de Derecho

Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO

Dirección:

Carlos A. Calvo Costa (UBA - UP)

Subdirección

Diego A. Dolabjian (UBA - UP)

Secretaría de Redacción:

Agustín M. Iglesias Díez (UBA)

Belén Gasparotti (UP)

Cristina Chen (UP)

Francisco Balbín (UBA)

Ian Lerner (UP)

Janice Balanian (UBA)

Maia Czarny (UBA)

Paula Roko (UP)

María Rosario Tejada (UBA)

Consejo Académico Editorial:

Adrián Carta (UBA - UP)

Agustina Del Campo (UDESA - UP)

Agustina Ramón Michel (CEDES - UP)

Andrea Finkelstein (UP)

Andrea Gastrón (UBA - UP)

Claudio Ramos Feijoó (UP)

Daniel Crovi (UBA - UP)

Diana Maffía (UBA - UP)

Eduardo Roveda (UBA - UP)

Eduardo Stordeur (UTDT - UP)

Eugenio Sarrabayrouse (UBA - UP)

Fernando Buján (UBA - UP)

Fulvio Santarelli (UBA - UP)

Gabriel Roller (UBA - UP)

Gladys Vidal (UBA - UP)

Graciela Medina (UBA - UP)

Gustavo Beade (UBA - UP)

Gustavo Maurino (UBA - UP)

Horacio Corti (UBA)

Horacio Días (UBA - UP)

Jaime Malamud Goti (UDESA - UP)

José Luis Gargarella (UBA - UP)

Juan González Bertomeu (UP)

Juan Pablo Alonso (UBA - UP)

Laura Saldívia (UBA - UP)

Leonardo Filippini (UBA - UP)

Marcelo Alegre (UBA - UP)

Marcelo López Alfonsín (UBA - UP)

Mariano Heller (UBA - UP)

Martín F. Böhmer (UBA - UP)

Martín Farrell (UBA - UP)

Mary Beloff (UBA - UP)

Maximiliano Rusconi (UBA - UP)

Miguel Ángel Maza (UBA - UP)

Paola Bergallo (UTDT - UP)

Pablo Hirschmann (UBA - UP)

Raúl Gustavo Ferreyra (UBA)

Ricardo Arredondo (UBA - UP)

Roberto Gargarella (UBA - UP)

Roberto Saba (UBA - UP)

Académicos correspondientes:

Brasil: Carolina Machado Cyrillo da Silva (UFRJ)

Colombia: Edgar Fuentes Contreras (UTADEO)

Ecuador: Sebastián López Hidalgo (UASB)

España: Alejandra Boto Álvarez (UNIOVI)

Italia: Alfonso Celotto (UNIROMA3)

México: Ricardo García de la Rosa (ITAM)

Perú: José F. Palomino Manchego (UNMSM)

Uruguay: Andrés Mariño López (UDELAR)

Universidad de Palermo

Mario Bravo 1050

(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires - Argentina

Tel.: (54 11) 5199-4500

E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Editado por

Universidad de Palermo, Junio 2021

Diseño general

Departamento de Diseño

de la Universidad de Palermo

© 2021 Fundación Universidad de Palermo

ISSN 0328-5642

e-ISSN 2718-7063

Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

Cantidad de ejemplares: 300

Impresión: Modelo Para Armar S.R.L.

Luis Sáenz Peña 647 (1110)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

Índice

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo | ISSN 0328-5642 | e-ISSN 2718-7063

Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho

Universidad de Palermo

Año 19, N° 1 | Junio de 2021 | Ciudad Autónoma de Buenos Aires | Argentina

Artículos	7
La compleja relación entre la justicia constitucional y el legislador en Europa <i>José María Porras Ramírez</i>	9-24
Reforma constitucional y Democracia “prometida” en la Argentina <i>Raúl Gustavo Ferreyra</i>	25-54
Las facultades normativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fuentes e intento de clasificación <i>Juan Manuel Lettieri</i>	55-94
La libertad de expresión en internet: Un análisis de las respuestas jurisprudenciales y normativas en Argentina <i>Gisela Ferrari y Julián Prieto</i>	95-131
Juicio por jurados y debida diligencia en el juzgamiento de la violencia de género. Las instrucciones al jurado <i>M. Cecilia González</i>	133-164
El procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado y la representación legal gratuita como garante del debido proceso legal <i>Luciana María Luaces Bossini</i>	165-202
La (des)protección de los trabajadores migrantes en la lógica Norte-Sur <i>Mariana Magliolo</i>	203-222
La autonomía universitaria en la Constitución brasileña de 1988: un modelo de autonomía institucional en construcción <i>Carolina Cyrillo y Luiz Fernando Castilhos Silveira</i>	223-244
Sistema jurídico y enseñanza del Derecho: El <i>common law</i> y el método del caso <i>Santiago Legarre y Ed Edmonds</i>	245-251

Develando una ética cívica de mínimos comunes para la Argentina.
Adela Cortina y la realidad (objetiva) inmaterial de los valores
Mauricio Devoto253-273

Reseñas275

Reseña normativa 277-283

Reseña bibliográfica 285-309

La Revista Jurídica de la Universidad de Palermo es una publicación de la Facultad de Derecho / Centro de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Palermo.

La Revista Jurídica publica trabajos de académicos, investigadores, profesionales y estudiantes en una variedad de formatos que incluyen artículos, ensayos y comentarios sobre decisiones judiciales. Su contenido está dirigido a especialistas, investigadores y estudiantes de grado y posgrado.

La Revista Jurídica invita a los autores a enviar trabajos inéditos y originales a revistajuridica@palermo.edu. La Revista se organiza en base a un sistema de referato doble ciego para decidir sobre la calidad académica de los artículos enviados por los autores para su publicación, la originalidad de las ideas planteadas y la corrección de las citas.

Para obtener información, los interesados pueden dirigirse a:

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo
Facultad de Derecho - Centro de Estudios de Posgrado en Derecho
Universidad de Palermo
Mario Bravo 1050, 7° piso (C1175ABZ) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
República Argentina
Teléfono: +54 11 5199-4500
Fax: +54 11 4963-1560
E-mail: revistajuridica@palermo.edu

Los trabajos firmados no representan la opinión de la Universidad o de la Revista y son exclusiva responsabilidad de los autores.

La reproducción sin autorización de cualquier texto de la Revista, sea total o parcial, idéntica o modificada, viola derechos reservados. Con fines académicos podrá citarse un breve fragmento del texto de los artículos, a condición de que se de debidamente cuenta de su origen.

Artículos

La compleja relación entre la justicia constitucional y el legislador en Europa

José María Porras Ramírez*

Resumen

Desde hace un tiempo, los Tribunales Constitucionales europeos han dejado de funcionar exclusivamente como *legislador negativo*, que se ciñe a la anulación de las normas inconstitucionales, para asumir decididamente una labor como *legislador positivo*, que avanza en la formulación de normas subconstitucionales al concretar la interpretación de la Constitución.

Palabras clave: Tribunales Constitucionales – Legislador negativo y positivo – Anulación y formulación de normas.

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo.

I.- Rasgos característicos del modelo europeo de Justicia Constitucional

En Europa continental, de acuerdo con la concepción jurídico-política inspirada por el liberalismo, existió, a raíz de la implantación del Estado legal de Derecho, una fuerte resistencia a la creación de un sistema judicial de revisión de las leyes, similar al creado, a partir de 1803, en los Estados Unidos de América. Predominó así, hasta bien entrado el siglo XX, la idea de que ningún órgano judicial podía imponerse a las decisiones adoptadas por el Parlamento, en tanto que encarnación legítima de la soberanía nacional, ya que ello conculcaba el principio fundamental de la división de poderes, rígidamente interpretado¹.

No obstante, la necesidad de garantizar el valor normativo y supremo de la Constitución motivó que, con el tiempo, se gestara un *sistema de justicia constitucional concentrada*, expresado por medio de un Tribunal Constitucional. Dicho órgano restringía sus actuaciones a la anulación de aquellas leyes que resultaban contrarias a la Norma Fundamental². Así, dicho Tribunal fue concebido, esencialmente, como una suerte de *legislador negativo*³. Esta función atribuida al mismo ha informado, de manera constante, su actuación más destacada. A ella, que le permite actuar como *Tribunal de la ley*, se han sumado con el tiempo, aunque no siempre, según en qué Estados, atribuciones que lo facultan para actuar, igualmente, como *Tribunal de conflictos*, resolviendo los que se generan entre las altas instituciones del Estado, y entre la federación y los territorios, esencialmente; y, también, como *Tribunal de la libertad*, amparando extraordinariamente los derechos fundamentales de las personas.

Centrándonos en esa concepción primigenia del *legislador negativo*, hay que insistir en que la misma, tal y como fue formulada originariamente por H. Kelsen, sigue siendo, sin duda, el eje central de las regulaciones que las Constituciones europeas dedican a los respectivos Tribunales Constitucionales. Y precisamente es aquélla que se esgrime cada vez que una sentencia ha de contradecir claramente lo dispuesto por la mayoría representada en el Parlamento. Así, de acuerdo con esta teoría, que implica un reparto estricto o rígido de funciones, es la Asamblea quien ha de elaborar las leyes, y el Tribunal Constitucional quien ha de limitarse a

¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, págs. 123 y ss.

² Cfr., por todos, Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1918-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pássim.

³ Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", en *Revue de Droit Public*, vol. XLV, 1928, págs. 197 y ss.

anular los preceptos legales impugnados que determina contrarios a la Constitución.

No obstante, a nadie se le oculta que ese cometido eminentemente negativo conlleva una modificación del ordenamiento que puede tener, también, consecuencias positivas. No en vano, las sentencias constitucionales concretizan la Constitución, mediante su interpretación, formulando normas subconstitucionales que integran y ayudan a comprender a aquéllas que conforman su texto normativo explícito⁴.

II.- La transición a una nueva forma de relación entre la Justicia constitucional y el legislador

Es así que hace ya mucho tiempo que, de acuerdo con la práctica observada, los Tribunales Constitucionales europeos han abandonado esa rigurosa visión kelseniana del legislador negativo, al asumir decididamente una labor positiva, de creación de normas. Sin embargo, paradójicamente, ello no ha supuesto una revisión completa de la teoría clásica indicada, al seguir considerándose, cuando menos oficialmente, que las sentencias positivas responden, excepcionalmente, a casos especiales, demandantes de una intervención extraordinaria, por parte del órgano jurisdiccional de referencia, orientada a la sustitución inmediata de los preceptos que él mismo anuló.

En cualquier caso, la explicación de la pervivencia de esa idea original, que ya no responde a la realidad, como justificación general de la existencia de una Justicia Constitucional en los diferentes Estados de Europa, se debe no sólo a su simplicidad, lo que dificulta su reemplazo, sino a su perfecta adecuación a los esquemas del Estado legal de Derecho decimonónico, aun culturalmente dominantes en la mentalidad iuspublicista europea, que postula un particular entendimiento de la división de poderes, fundado en la existencia de un Parlamento omnipotente, y de una justicia subordinada, que aplica la ley, anulándola en las contadas ocasiones en que contradice palmariamente la Constitución.

No obstante, la continuidad de ese modelo resulta muy perjudicial, ya que explica inadecuadamente la realidad presente, habida cuenta de su anacronismo y obsolescencia. Ello otorga, en la práctica, carta blanca a los Tribunales Constitucionales para que, ante la ausencia de previsiones expresas facultándolos para dictar sentencias positivas, elaboren una gran variedad de resoluciones, muchas de ellas no contempladas por sus respectivas leyes reguladoras, que hagan cuestionar su legitimidad. Así, en Europa, ante esa habitual falta de fundamento legal, cuando los Tribunales Constitucionales crean normas nuevas, suele justificarse afirmando que los mismos no sólo actúan como defensores de la Constitución, sino, también,

11

⁴ Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1979, págs. 61 y ss.

como defensores de la ley, por lo que tienden, a no anularla, sino a conservarla, recreándola, cambiando su sentido. Se impone así una renovación de la teoría de la división de poderes que profundice en la consideración del Tribunal Constitucional como órgano constitucional, contemplando una colaboración más estrecha entre el legislador y la justicia constitucional, que incluya mecanismos formales de relación⁵.

De todas formas, lo cierto es que, en su realidad cotidiana, los Tribunales Constitucionales han asumido, en Europa, una tan significativa como ordinaria función de legisladores positivos, adoptando un tipo de sentencias, conocidas con diferentes denominaciones, según los diversos países: *interpretativas*, *aditivas*, *manipulativas*, *sustitutivas*, *constructivas*, *apelativas*, etc., mediante las cuales no se limitan a suprimir el precepto legal impugnado que se considera contrario a la Constitución, sino, al tiempo, a incorporar una norma nueva al ordenamiento. Se trata de un fenómeno relativamente nuevo y de intensidad creciente, que ha de valorarse en su justa importancia⁶.

III.- Transformaciones experimentadas

Este hecho se ha explicado atendiendo, tanto a la calificación constitucional del Estado como social y democrático de Derecho; como a razones estructurales que afectan al funcionamiento específico de la propia Justicia Constitucional.

12

1. La consolidación del Estado social y democrático de derecho

Así, en primer lugar, es un hecho cierto que la *consolidación del Estado social y democrático de Derecho* ha afectado a la Justicia Constitucional notablemente. Ello se refleja, en primer lugar, en el incremento cuantitativo, verdaderamente formidable, de la legislación, en el contexto del intervencionismo constante de los poderes públicos en todos los ámbitos de la realidad social, lo que ha supuesto una multiplicación de las sentencias de los Tribunales Constitucionales, los cuales, de esa forma, han visto incrementado, de manera sustancial, su protagonismo en el funcionamiento del sistema político. A ello se une, la consideración de los derechos y libertades de los ciudadanos como fundamento mismo del ordenamiento jurídico-político, lo que obliga a los Tribunales Constitucionales a efectuar un examen mucho más riguroso y exhaustivo de la legislación que afecta a aquéllos. Ambos factores, unidos, al papel que en algunos Estados desempeña el correspondiente

⁵ Así, vid., a este respecto, el espléndido libro coordinado por Aja Fernández, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

⁶ Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", en *La forma del poder*, Madrid, 1993, págs. 510 y ss.

Tribunal Constitucional, velando por el adecuado reparto de competencias entre la Federación y los territorios, han repercutido en su posición y funciones, suponiendo la asunción de tareas nuevas. A lo indicado se añade la ampliación de los sujetos capacitados para impetrar la actuación de tan cualificado órgano jurisdiccional, hecho éste que ha supuesto una apreciable extensión y mejora de su legitimidad⁷.

En el marco de esa situación, considerablemente más compleja que aquella que se daba cuando nacieron los primeros Tribunales Constitucionales europeos, durante el período de entreguerras, la dicotomía validez-nulidad, consustancial a la teoría del legislador negativo, se vuelve, en parte, disfuncional, ya que su aplicación estricta generaría efectos perniciosos, habida cuenta de que, en ocasiones, anular una ley, produciendo el consiguiente vacío regulador, por ejemplo, en materia de impuestos o de pensiones, puede revelarse, en ocasiones, más lesivo y perjudicial que mantenerla en vigor, pese a su carácter contrario a la Constitución, a menos que el propio Tribunal adopte medidas para limitar o corregir las consecuencias de sus sentencias.

Por tanto, la actitud positiva de los Tribunales Constitucionales, lejos de ser un fenómeno aislado, ha comenzado a ser vista, en Europa, como la expresión de una actividad generalizada y habitual. Manifestación sobresaliente de la misma son las llamadas “*sentencias intermedias*”, esto es, aquéllas que no sólo declaran la validez o la nulidad de la ley impugnada, sino que introducen, al tiempo, normas nuevas en el ordenamiento, implicando una actividad de legislación positiva.

13

2. Los cambios en el desarrollo de los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes

El otro condicionante a tener en cuenta, que propicia la ampliación de las funciones positivas de los Tribunales Constitucionales, tiene que ver con los *factores estructurales que afectan al funcionamiento mismo de la Justicia Constitucional*. Los mismos traen causa de las transformaciones operadas en la relación que se entabla, en Europa, entre el Tribunal Constitucional y el legislador en los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes.

Dichas transformaciones repercuten en la consideración que tradicionalmente ha merecido: 1) *El objeto del control de constitucionalidad*; 2) *El canon o parámetro de constitucionalidad*; 3) *El contenido de las sentencias constitucionales y sus diferentes tipos*; y 4) *Los efectos de las sentencias constitucionales*.

⁷ Así, Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 24 y ss.

2.1. El objeto del control de constitucionalidad

A los efectos de esta exposición, hay que recordar que la mayoría de las normas reguladoras de los Tribunales Constitucionales europeos determinan que son objeto de control de constitucionalidad las leyes o normas con rango de ley. No obstante cabe distinguir entre el enunciado legal, esto es, entre el precepto de la ley, y las normas que alberga. Esta distinción está en la base de las sentencias intermedias, ya que una sentencia interpretativa permite conservar el precepto legal y, al tiempo, excluir una determinada interpretación de su contenido normativo⁸.

De esta forma, la mayoría de las sentencias interpretativas aparecen formalmente como desestimatorias del recurso de inconstitucionalidad, al mantener la vigencia del enunciado legal, pese a ser, en realidad, estimatorias de la demanda, ya que excluyen a una determinada norma que podría derivarse del precepto. Esa disociación precepto legal-norma se produce porque mientras que el objeto del recurso tiene una consideración formal, el objeto de enjuiciamiento y del pronunciamiento puede ser material, distinguiendo entre las normas que encierra el precepto y aceptando la inconstitucionalidad de unas, pero no de otras.

14 Ese enfoque material se acentúa en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los jueces y los tribunales ordinarios, ya que, en tales casos, el Tribunal Constitucional analiza la ley en relación a su aplicación en un caso concreto, y puede así poner de relieve efectos materiales de la norma muy específicos, determinados por las circunstancias del caso. De este modo, en España, aunque el propio Tribunal Constitucional ha rechazado, respetando el principio de congruencia, que el “petitum” de la demanda solicite una sentencia interpretativa, lo cierto es que las ha dictado, con notable flexibilidad, distinguiendo entre el precepto legal y las normas que el mismo contiene⁹.

No obstante, este hecho puede, también, generar problemas, como el del aislamiento de la norma inconstitucional en el precepto impugnado; o como el que provoca el mantenimiento formal de un precepto legal cambiando las normas que contiene. Esta alternativa tiene consecuencias en la extensión de los efectos de la sentencia, porque si se determina la nulidad del precepto, obviamente la disposición desaparece, pero si la sentencia es de conformidad con la Constitución, la misma norma contenida en una ley diferente puede volver a ser impugnada, tanto en el recurso como en la cuestión de inconstitucionalidad. De todas formas, los mayores problemas se plantean cuando la declaración de inconstitucionalidad no sólo deriva

⁸ Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, op. cit., pág. 515.

⁹ Jiménez Campo, Javier, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, en Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, págs. 130 y ss.

de la ley impugnada, sino de un sistema normativo que descansa también en otras leyes no impugnadas. Así, los Tribunales Constitucionales europeos suelen extender sus pronunciamientos a otros preceptos de la ley no impugnados, si guardan alguna relación con el objeto del recurso. De esa forma sucede, expresamente, en Alemania (art. 38 LTCFA) y en España “por conexión o consecuencia” (art. 39 LOTC), pero, en ambos casos, limitándose a las normas de la ley recurrida. En cambio, en Austria, sólo se acepta extender los efectos de la sentencia cuando la norma declarada inconstitucional vulnera la distribución de competencias y cuando se demuestra que la ley fue publicada de forma inconstitucional. En Italia, como excepción, se acepta la extensión del efecto de inconstitucionalidad cuando deriva de la declaración de la Corte (art. 27 LTCI). En la práctica, ello permite que la sentencia afecte a leyes diferentes de la recurrida. Esa extensión del objeto enjuiciado también se observa en Francia, donde es criticada la excesiva libertad del Tribunal Constitucional al respecto, ya que no se precisa la demostración de la conexión¹⁰.

2.2. *El canon de constitucionalidad*

En los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, en virtud de su especial rango normativo supremo, la Constitución opera toda ella como canon de constitucionalidad. Es así que la misma permite al legislador efectuar un desarrollo diverso, según su orientación política. De ahí que el Tribunal Constitucional deba respetar esos desarrollos, acordes con el pluralismo político. Con todo, como se sabe, no todos los preceptos de la Constitución poseen el mismo valor jurídico, ni permiten la misma densidad de control por parte del Tribunal Constitucional.

Así, salvo en Francia, el *Preámbulo* no se emplea como parámetro de control específico. En los últimos años han ido ganando operatividad, si bien ésta es aún escasa, los *principios constitucionales estructurales o básicos* para resolver casos concretos. La excepción viene marcada por la extendida utilización del *principio de igualdad*, que se conecta siempre con alguna relación jurídica concreta. Por eso, el “test” o prueba para su aplicación es casi igual en todos los países europeos, dado que se fundamenta en la razonabilidad y en la proporcionalidad, variando las técnicas concretas según la estructura del precepto, lo que da lugar a soluciones diversas. Otros principios, como la *división de poderes* o la *protección de las minorías* han conducido, en países como Francia, a una ampliación de la reserva de ley en protección del pluralismo y de la participación de las minorías parlamentarias en la elaboración de la ley. A su vez, los Tribunales Constitucionales protegen la *distribución del poder entre la Federación y los territorios (Estados, Regiones o*

15

¹⁰ Aja Fernández, Eliseo y González Beilfuss, Markus, “Conclusiones generales”, en Aja Fernández, Eliseo (ed.), *Las tensiones...*, op. cit., págs. 265-266.

Comunidades Autónomas), dilucidando la titularidad de las competencias entre las dos instancias políticas.

Pero, sin duda, la parte de la Constitución protagonista por excelencia del control de constitucionalidad en Europa es la formada por los *derechos fundamentales de la persona*. Los derechos fundamentales son parte decisiva del parámetro de constitucionalidad, tanto por la vía del recurso directo como por la vía incidental, destacando ésta en aquellos países como Italia donde no existe aquél. En todo caso, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales trasciende la clásica concepción del Tribunal Constitucional como legislador negativo. Por lo demás, la intensidad del control de constitucionalidad varía enormemente según la materia sobre la que recae: derechos de autonomía y libertad, derechos políticos, organización de las instituciones y derechos sociales y políticas públicas. Los mismos forman una escala que va desde el mayor rigor del control de constitucionalidad, hasta el menor, que comporta conferirle al legislador una mayor libertad de opciones.

También es necesario subrayar la extensión sufrida en el canon de constitucionalidad por la inclusión en el mismo de otras normas en los distintos países, a través de vías diversas. Así, hay que referirse, destacadamente, a la inclusión de *normas interpuestas*, que son las llamadas por la propia Constitución para condicionar la aprobación de nuevas leyes. Importantes son aquí los *reglamentos parlamentarios*, que regulan el procedimiento legislativo. También, a veces, los *tratados internacionales*, según en qué países, sobre todo en lo que se refiere a la interpretación de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE). Y en cuanto al *Derecho europeo* hay que decir, sin embargo, que los Tribunales Constitucionales se niegan a valorar las contradicciones entre dicho derecho y las leyes nacionales, dejando ese cometido al Tribunal de Justicia de la Unión. Un supuesto especial se da en España con los *Estatutos de Autonomía* de las Comunidades Autónomas, que operan como normas constitucionales derivadas o de segundo grado. Y, finalmente, hay que destacar la importancia adquirida, a estos efectos, por la propia *doctrina de los Tribunales Constitucionales*, la cual formula constantemente auténticas normas subconstitucionales. Así, todos los tribunales ordinarios deben interpretar las leyes de acuerdo con esa doctrina en todo tipo de procesos. La misma se convierte en fuente del Derecho, en sentido amplio, particularmente en ámbitos como el derecho procesal, dadas las numerosísimas sentencias recaídas sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, incorporándose a las nuevas leyes que se van elaborando¹¹.

16

¹¹ Caamaño Domínguez, Francisco y otros, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, McGraw-Hill, 2004, págs. 63 y ss.

2.3. *El contenido de las sentencias constitucionales y sus diferentes tipos*

La proliferación de muy diversos tipos de sentencias constitucionales obedece a la insuficiencia explicativa de la dicotomía nulidad-validez, en los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales. Esa dicotomía no responde, además, ya, a la compleja realidad actual¹². Sin embargo, pocos países prevén expresamente soluciones distintas a la nulidad. Así, en la práctica, los Tribunales Constitucionales buscan la obtención de soluciones nuevas, sin atenerse a lo previsto, apartándose de la teoría del legislador negativo; si bien se insiste en la necesidad de fijar límites a esa discrecionalidad para evitar la invasión del espacio constitucionalmente reservado al legislador.

Sistematizaremos seguidamente los diversos tipos de sentencias existentes, inexplicables a la luz de la teoría del legislador negativo. Para ello se tendrán en cuenta las relaciones que se establecen entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Destacan así, de acuerdo con la útil sistematización elaborada por E. Aja y M. G. Beilfuss, tres grandes tipos de sentencias: i) las *simples, que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley*); ii) las que *resuelven unilateralmente la inconstitucionalidad de la ley, incorporando a la misma algún elemento normativo*; iii) y las que *no solucionan inmediatamente la invalidez de la ley y llaman a la colaboración bilateral con el legislador*. Dentro de cada tipo existen múltiples variantes¹³. Así,

- i) *Sentencias simples, de admisión o rechazo de la inconstitucionalidad*. Son las tradicionales, ya que hacen que el Tribunal Constitucional actúe como legislador negativo. Resultan, para el objeto de esta exposición, menos interesantes, aunque no debe dejar de advertirse que la declaración de nulidad parcial de un precepto puede provocar efectos aditivos en la práctica. De todos modos, salvo en Francia, si la sentencia es desestimatoria del recurso o cuestión, ello no impide un nuevo recurso o cuestión, alegando distintos motivos. Pero si la sentencia es estimatoria y declara la inconstitucionalidad de la ley el efecto general es la expulsión del ordenamiento.
- ii) *Sentencias “unilaterales” que modifican algún elemento de la ley, resolviendo su inconstitucionalidad*. Son supuestos en los que la decisión del Tribunal Constitucional da un nuevo sentido a la ley, creando una norma nueva, lo que le lleva a actuar como legislador positivo. Habitualmente se alega el principio de interpretación conforme a la Constitución, aunque también el principio de conservación de las normas, apelando a la protección de la ley o a la

¹² Jiménez Campo, Javier, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, op. cit., págs. 121 y ss.

¹³ Aja Fernández, Eliseo y González Beilfuss, Markus, “Conclusiones generales”, op. cit., págs. 274 y ss.

intención del legislador. Las variantes más frecuentes de estas sentencias son las siguientes: a) *Sentencias interpretativas*: establecen una interpretación concreta y diferente a lo que se deduce de la literalidad del precepto legal, recreándolo, de forma más amplia o restrictiva que como fue determinado por el legislador. Suelen ser desestimatorias formalmente, no incluyendo un pronunciamiento de inconstitucionalidad, si bien materialmente suponen la estimación del recurso o cuestión, ya que el Tribunal Constitucional no acepta la norma originaria, sino que la transforma en otra; b) *Sentencias que contienen una declaración de inconstitucionalidad parcial “cuantitativa”*: son las que anulan sólo una palabra o frase del texto normativo impugnado, cambiando con ello la norma y el sentido del precepto. Por ejemplo, una sentencia que disponga la igualdad de los viudos y las viudas en el régimen de las pensiones, suprimiendo los requisitos adicionales dispuestos por la ley para los hombres, con lo que los equipara con las mujeres. Mediante estas sentencias se busca evitar los vacíos en el ordenamiento provocados por una resolución meramente anulatoria del precepto impugnado; y c) *Sentencias que contienen una declaración de inconstitucionalidad parcial “cualitativa”*: son las que, sin suprimir el precepto impugnado, excluyen una norma contenida en el mismo, en la medida en que su sentido resulta contrario a la Constitución. Se pretende así depurar de posibles sentidos inconstitucionales la norma impugnada. Así, lo que se hace es declarar el texto inconstitucional, “en la medida en que”, “en cuanto que” deja de regular, o regula de forma diferenciada un supuesto. Las sentencias “integrativas” y “sustitutivas”, llamadas “aditivas” en Italia y “constructivas” en España, expresan el efecto positivo indicado, pues amplían la norma, adicionan un nuevo elemento al texto juzgado parcialmente inconstitucional, o, incluso, sustituyen un régimen jurídico por otro. El problema que estas sentencias causan es que imponen a los jueces una sola interpretación de la ley, limitando su facultad para interpretar y aplicar las leyes. Además, de esta forma, no se espera a la ley reformadora del Parlamento, sino que es el propio Tribunal Constitucional el que corrige y regula la situación por sí mismo.

iii) *Sentencias “bilaterales” que llaman a la colaboración del legislador para solucionar la inconstitucionalidad de la ley*. Aquí el Tribunal Constitucional no anula la ley, como en las sentencias simples, ni remedia el vicio de constitucionalidad, como en las unilaterales, sino que encomienda al legislador la modificación de la norma que considera inconstitucional. Sus variantes más conocidas son: a) Las *sentencias “apelativas”*, así llamadas en Alemania, en las que se declara que la ley “todavía no es inconstitucional”, pero el legislador debe cambiarla. En los demás países incluyen orientaciones o admoniciones al legislador. Son sentencias que constituyen, por tanto, una

amenaza al legislador, que si no modifica la norma, se expone a que, en una sentencia futura, se la declare inconstitucional; b) *Sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad (Alemania); o que posponen la entrada en vigor de los efectos de la inconstitucionalidad (Austria)*, Estado éste último en el que existe la posibilidad de que una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no tenga efectos inmediatos, sino que vaya acompañada de un aplazamiento de la derogación de la norma. Ese plazo, ahora de dieciocho meses, se destina a que el Parlamento pueda modificar o sustituir la normativa inconstitucional. Durante ese plazo la norma se sigue aplicando, salvo para el caso en el que se ha declarado inconstitucional. La misma no puede volver a impugnarse. Esta técnica respeta las funciones respectivas del Tribunal Constitucional y del legislador, expresando la división de poderes. Así, el Tribunal Constitucional controla, el Parlamento repara y se evitan los inconvenientes del vacío normativo. No obstante, se cuestiona seguir aplicando una ley declarada inconstitucional. Lo que sucede en Austria es que la declaración de inconstitucionalidad no genera, como en los demás países, una nulidad “ex tunc” (declarar que la norma fue inválida “ab initio”), sino la mera derogación (“ex nunc”: declarar que es inválida desde el momento de la sentencia). Por su parte, en Alemania, desde 1970, se admite la práctica de declarar una ley inconstitucional, pero sin acompañarla de la nulidad correspondiente. Así, el Tribunal Constitucional puede fijar un plazo al legislador para que sustituya la norma, sin que la ley se aplique durante ese plazo, salvo excepcionalmente. Además, en Alemania algunas sentencias establecen un régimen jurídico provisional, en tanto el legislador no regule nuevamente la materia. En cualquier caso, el proceder que se sigue en Austria y Alemania, pese a las dudas que suscita el comportamiento de los operadores jurídicos durante el plazo dado al legislador para sustituir la norma declarada inconstitucional y a la garantía de que el legislador apruebe a tiempo la nueva ley, apuntan la vía para superar las dificultades de una Justicia Constitucional que no puede limitarse a ser legislador negativo, pero que tampoco debe convertirse, abiertamente, en un legislador positivo; c) *Sentencias con mandatos y recomendaciones al legislador*: Son muy frecuentes, salvo en Portugal. Contienen orientaciones, mandatos, dirigidos al legislador, señalándole las líneas que debe contener la futura ley. Son sentencias que afectan principalmente a cuestiones tributarias o económicas. Algunas contienen mandatos rigurosos que manifiestan la amenaza encubierta de que, en caso de que el legislador incumpla tales mandatos, se producirá una declaración futura de inconstitucionalidad. Habitualmente, los Parlamentos respetan esas orientaciones. La inconstitucionalidad por omisión absoluta es una variante de esta categoría, pero sólo se prevé en

Portugal, donde apenas se ha aplicado. En Alemania y España se produce algo parecido en materia de derechos fundamentales, a través del recurso de amparo, cuando la ausencia de la ley prevista por la Constitución acarrea la subsistencia de un obstáculo que supone la vulneración del derecho fundamental. Pero aquí no se acude al control de constitucionalidad, sino que se protege el derecho aplicando directamente la Constitución (“extra legem”), aunque ello implique una urgente llamada al legislador para que apruebe la ley correspondiente.

2.4. Los efectos de las sentencias

Los efectos generales de las sentencias constitucionales están expresamente contemplados en las leyes reguladoras respectivas. En cualquier caso, los problemas que plantean son bastante homogéneos. Ello se debe a la común adopción del sistema europeo de control de constitucionalidad y, con él, de sus notas de concentración y de efectos “erga omnes”¹⁴. En lo que se refiere al *efecto de cosa juzgada*, hay que decir que éste se admite en su *dimensión formal (irrecurribilidad y consecuente firmeza de las sentencias constitucionales)*. Más problemática es la *dimensión material de la cosa juzgada*: así, en las sentencias desestimatorias (incluyendo a las interpretativas), ese efecto de cosa juzgada, o bien se rechaza, como en Portugal; o bien se matiza ampliamente, recordando el carácter dinámico de la interpretación constitucional y la consiguiente posibilidad de instar la revisión de la doctrina de los Tribunales Constitucionales. Por otra parte, en relación al *carácter vinculante de las sentencias*, en Portugal y Alemania se insiste en la necesidad de modular la clásica prohibición, dirigida al legislador futuro, de reiteración de normas inconstitucionales. Se abre así paso a un modelo más dinámico de justicia constitucional, adecuado a la cambiante frontera entre constitucionalidad e inconstitucionalidad.

Un aspecto especialmente problemático de las sentencias constitucionales, materialmente estimatorias de inconstitucionalidad, es el de sus *efectos temporales*. Así, la *nulidad “ex tunc” (retroacción de la inconstitucionalidad)* ha sido categoría habitual en Alemania, España, Italia y Portugal; mientras que la *derogación (efectos sólo “pro futuro” o “ex nunc”)* lo ha sido en Austria; si bien dichos efectos han sido relativizados en todos estos países.

Así: i) Primeramente, *los efectos de la nulidad “ex tunc” son limitados*, en aras de la seguridad jurídica. Una excepción habitual afecta a las normas penales favorables. ii) Por otro lado, en el caso austriaco, *la inconstitucionalidad puede también tener efectos retroactivos, al menos, respecto al caso concreto que da*

¹⁴ Caamaño Domínguez, Francisco y otros, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, op. cit., págs. 141 y ss.

origen a la sentencia. De todas formas, en Austria y Portugal, sus respectivos ordenamientos permiten a sus Tribunales Constitucionales modular, sin apenas límites, los efectos temporales de sus sentencias.

Una segunda matización en relación a los efectos temporales de las sentencias procede de *la propia jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales*. i) Así, en los países en los que se estipula la retroacción de la inconstitucionalidad, los Tribunales Constitucionales suelen salvaguardar las aplicaciones ya consolidadas de la norma inconstitucional. De esta forma, se limitan los efectos retroactivos, poniendo a salvo, sobre todo, los actos administrativos consolidados. ii) Por su parte, el Tribunal Constitucional austriaco ha determinado la retroactividad de algunos actos de aplicación de la norma inconstitucional distintos del que da lugar a la sentencia. Sin embargo, esta jurisprudencia ha fomentado indirectamente que en ámbitos como el tributario de produzca una avalancha de recursos administrativos y jurisdiccionales que pretenden mantener abiertos los casos para que puedan beneficiarse de una posible sentencia constitucional estimatoria. Ello ha obligado, por ejemplo, al Tribunal Constitucional alemán a dar otorgar efectos, sólo, “pro futuro” a la sentencia constitucional, manteniendo, incluso, en vigor, provisionalmente, la norma declarada inconstitucional, lo que pone de manifiesto que, a pesar de la existencia de claras categorías dogmáticas, el debate acerca de los efectos temporales de las sentencias constitucionales sigue abierto. Esta necesidad de matizar tales efectos, en función de las circunstancias del caso concreto, implica una actividad positiva y recreadora de los efectos temporales de la inconstitucionalidad que se aleja de la tradicional concepción negativa de la justicia constitucional. Ello obliga a desarrollar criterios dogmáticos que legitimen y doten de previsibilidad a los mismos, ayudando a interpretar las cláusulas generales en los países donde éstas existen.

21

Otra dimensión del problema afecta a los *efectos hacia el futuro de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad*. Y es que resulta, a veces, muy problemático crear un vacío normativo en el lugar de la norma inconstitucional. Esto ha sido también matizado en la normativa y en la práctica de los Tribunales Constitucionales. Así, en Austria es frecuente que el Tribunal Constitucional retrase la entrada en vigor de la sentencia hasta un total de dieciocho meses, durante los cuales la norma inconstitucional se sigue aplicando, sin que pueda volver a impugnarse. Ello expresa la creciente dificultad de soportar vacíos normativos en sociedades con sistemas jurídicos cada vez más complejos, en las que los poderes públicos están obligados a intervenir, de manera constante, en garantía y desarrollo de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En este sentido, una vez más, destaca la práctica, cada vez más frecuente, seguida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, consistente en declarar la inconstitucionalidad sin nulidad y ordenar expresamente la aplicación de la norma inconstitucional hasta que el legislador apruebe la correspondiente ley reparadora. Esta práctica, hasta

ahora, ha sido rechazada por la jurisprudencia constitucional portuguesa e italiana.

Otro mecanismo para evitar el vacío normativo es el de *la reviviscencia de las normas que en su día fueron derogadas por la norma declarada inconstitucional*. Así se prevé, expresamente, en Austria y Portugal, donde cabe matizar esa reviviscencia. No obstante, la misma es infrecuente, dados los riesgos que comporta revivir una norma que puede resultar ya anacrónica y dudosamente constitucional. De todos modos, esta posibilidad existe, permitiendo a los Tribunales Constitucionales la posibilidad de configurar directamente el ordenamiento vigente, lo que no se puede explicar, tampoco, a partir de la concepción tradicional del legislador negativo.

IV.- Conclusiones

1. Cabe afirmar la obsolescencia de visión clásica, aun dominante en Europa, que concibe a los Tribunales Constitucionales como meros legisladores negativos, habida cuenta de la mayor complejidad de sus funciones, en el contexto de los cambios introducidos en los sistemas constitucionales contemporáneos. De ahí la conveniencia de racionalizar sus relaciones con el legislador. Ello requiere introducir ciertos cambios, que han de afectar tanto al legislador, como al propio Tribunal Constitucional, los cuales deben recogerse en la normativa reguladora.
2. Por las razones indicadas, los Tribunales Constitucionales se ven impulsados a elaborar sentencias de contenido positivo. No obstante, esta tendencia no puede aceptarse sin establecer algunos límites claros. Así, como en Austria, puede ser operativo distinguir en las sentencias intermedias, que representan hoy el punto más conflictivo, entre la declaración de inconstitucionalidad, que compete al Tribunal Constitucional, y la reparación del vicio, que corresponde al legislador. Esta es la orientación que se observa en las sentencias llamadas bilaterales.
3. Es necesario, a su vez, avanzar en la configuración de una superior colaboración entre el Tribunal Constitucional y el legislador. La creación de instrumentos que flexibilicen las relaciones entre ambas instituciones, como la memoria anual del Tribunal Constitucional, recordando las normas pendientes de reforma, o la creación de gabinetes de enlace del Tribunal Constitucional con el Gobierno y el Parlamento, para facilitar el cumplimiento de las sentencias constitucionales; o la previsión de reuniones periódicas, u otro tipo de relaciones institucionales, pueden ayudar a encauzar el problema.
4. Lo esencial del problema reside en la existencia efectiva de sentencias que suponen la creación de normas y de la consiguiente necesidad de prever para ellas un régimen constitucional y legal diferente al tradicional. Así, debe distinguirse cuándo puede el Tribunal Constitucional resolver por sí mismo la inconstitucionalidad y cuándo no puede hacerlo, y debe recurrir

al legislador. Y es que hay casos en los que la respuesta puede ser variable, siendo una opción típica del legislador, como en los problemas referidos a la aplicación del principio de igualdad; mientras que en otros, se impone una sola respuesta constitucionalmente posible, determinable por propio Tribunal Constitucional. En cualquier caso, hay que fijar límites claros a esa función positiva del Tribunal Constitucional, como ya se ha hecho en materia penal. Así, conviene avanzar en el camino trazado por las sentencias bilaterales, especialmente, haciendo que el Tribunal Constitucional dicte sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, al tiempo que se le deja una mayor libertad de decisión y se confiere mayor eficacia a la tarea del legislador.

5. Se necesita, también, que las leyes reguladoras de la jurisdicción constitucional en Europa, o, en su caso, las respectivas Constituciones, admitan la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales se dirijan al legislador para exigirle, en plazos razonables, que apruebe las normas que remedien la inconstitucionalidad, configurando esta intervención legislativa como obligación jurídica estricta. Para ello deberían modificarse, igualmente, los reglamentos parlamentarios. Sin embargo, ello no debería impedir al Parlamento la aprobación de una ley de orientación diferente a la sugerida por el Tribunal Constitucional, ni el sometimiento de la misma al control de constitucionalidad.
6. En definitiva, se hace preciso modificar el paradigma aun dominante en Europa que insiste en la anacrónica idea de que el Tribunal Constitucional ha de comportarse como un mero legislador negativo, al tiempo que se predica la actuación separada del legislador, como si éste fuera soberano, y no existiera el Tribunal Constitucional. Sólo así se conseguirá adecuar el funcionamiento de ambas instituciones a la compleja realidad existente, mejorando notablemente el funcionamiento de nuestro modelo de democracia avanzada: la propia de los Estados sociales y democráticos de Derecho.

23

V.- Bibliografía

Aja Fernández, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

Aja Fernández, Eliseo y González Beilfuss, Markus, “Conclusiones generales”, en Aja Fernández, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

Caamaño Domínguez, Francisco y otros, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, McGraw-Hill, 2004.

Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Milano, Giuffré, 1979.

Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1918-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

Jiménez Campo, Javier, “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, en Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”, en *Revue de Droit Public*, vol. XLV, 1928.

Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988.

Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, en *La forma del poder*, Madrid, 1993.

Reforma constitucional y Democracia “prometida” en la Argentina

Raúl Gustavo Ferreyra*

[13] *Y he aquí, Jehová estaba a en lo alto de ella, el cual dijo: Yo soy Jehová, el Dios de Abraham, tu padre, y el Dios de Isaac; la tierra en que estás acostado te la daré a ti y a tu descendencia. [14] Será tu descendencia como el polvo de la tierra, y te extenderás al occidente, al oriente, al norte y al sur; y todas las familias de la tierra serán benditas en ti y en tu simiente. [15] He aquí, yo estoy contigo, y te guardaré por dondequiera que fueres y volveré a traerte a esta tierra; porque no te dejaré hasta que haya hecho lo que te he dicho.*

*Santa Biblia, “Génesis 28”,
versión Reina Valera,
Grupo Nelson, Nashville, 2006.*

Resumen

La Argentina es un Estado constitucional desde 1853, fundado en una de las escrituras más antiguas de la Tierra que aún conservan su vigencia. Pese a ello, el ciclo más permanente de su constitucionalidad, en el que participan todos sus ciudadanos sin discriminaciones, ni persecuciones, ni proscripciones, se ha inaugurado en diciembre de 1983 y se mantiene inalterado hasta la actualidad. La Constitución federal de la Argentina posee un proceso de reforma extremadamente rígido, jamás alterado

* Versión escrita e íntegra de la ponencia presentada en el “Congreso internacional sobre Reforma constitucional y defensa de la democracia, organizado por Universidad de Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 29/5/2019. Proyecto de I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad, MINECO-18-DER2017-82, Reino de España.

Publicado originalmente en la obra colectiva: “Reforma constitucional y defensa de la democracia”, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2020, pp. 227-259. El autor agradece al CEPC la autorización para publicar aquí el texto.

desde su escritura original, cuya propiedad dominante ha determinado la posibilidad de apenas tres variaciones en el siglo XIX y otras tres durante el siglo XX. Una de esas enmiendas, la producida en 1994, ha introducido en el texto constitucional el mantenimiento y desarrollo del sistema democrático como un límite para el cambio constituyente. Sin embargo, la importantísima crisis económica, social y financiera, que atraviesa la Argentina motiva a que las determinaciones sobre la democracia inscriptas en el texto constitucional luzcan más como un vocabulario normativo de una bíblica "tierra prometida" que como verdaderas constituyentes de una ciudadanía en paz.

Palabras clave: Democracia – Ciudadanía – Reforma constitucional – Límites.

I. Contorno inicial¹

La Argentina reinició la restauración de la Constitución y de la democracia el 10 de diciembre de 1983. Un proceso de orientación política en el que se debería garantizar la realización, auténtica y transparente, de todos los esfuerzos para que los ciudadanos que integran el pueblo sean siempre los titulares indisponibles de la autodeterminación comunitaria y de su inherente soberanía política.

La Argentina dispone del sistema constitucional más antiguo en vigencia en América del Sud, con rupturas, incumplimientos y vacilaciones, desde 1853; sin embargo, en más de 167 años su Ley fundamental solamente fue objeto de reforma en seis ocasiones. Este artículo se refiere a la República Argentina dentro del marco de ordenación sugerido por su Ley suprema: la Constitución federal de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994 (en adelante, de manera indistinta CFA).

La doctrina ensayada se enfoca en la normatividad de los "principios y reglas" constitucionales que dan lugar, refieren y definen a la "regla democrática", su determinación y las pautas y los límites impuestos para el cambio constituyente en la Ley fundamental de la Argentina. Analizo, concretamente, el modo en el que el principio democrático se instala en la CFA y cómo es su función limitadora ante la reforma constitucional.

27

II. Tesis y estrategia argumentativa

En todo ensayo su tesis "primitiva" merece incluirse al comienzo:

La Ley fundamental, con su tierra prometida –una "democracia" formal–, observa como primer motor su residencia en una ciudadanía plural.

La Ley fundamental de la Argentina de 1853, con sus reformas de 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y en especial la de 1994, recoge a la democracia como un predicado nutriente de la normatividad constituyente. La Constitución no implica la democracia, pero la existencia y el mantenimiento de ésta se encuentran presupuestos casi necesariamente por aquélla. La dimensión normativa de la regla democrática plantada en la CFA autoriza a reconocer "límites formales" expresos y "límites materiales implícitos" al proceso de reforma constitucional; la violación de los "formales" quizá sea subsanable, mientras que la transgresión de los "materiales" conduce a la abolición de la Ley fundamental.

¹ El autor agradece los comentarios realizados sobre el texto original por Raúl Serroni-Copello, María Gracia Quiroga, Juan Carlos Cassagne, Enrique Javier Morales, Juan Ignacio Ferreyra, E. Raúl Zaffaroni, Mario Cámpora, Diego Dolabjian, Sebastián Toledo, Leandro E. Ferreyra, Benito Aláez Corral, Thiago Santos Rocha, Antonio Franco Filiu, Alfonso Celotto, Ignacio Villaverde, Andrés Pérez Velasco, Abel Aria Castaño y Vannesa Pérez Rosales.

Indudablemente, la comprensión de la regla democrática en la Ley fundamental como límite al cambio observa como presupuesto una tarea teórica e imprescindible sobre las nociones de "ciudadanía", "Constitución" y "reforma". En la sección III descubro, brevísimamente, tales nociones; luego, con mayor extensión sobre la "democracia" casada por una Ley fundamental. En las secciones IV y V llevo adelante un esbozo sobre la defensa del principio democrático en la Argentina frente a un cambio constituyente. En la sección VI formulo los comentarios finales sobre la palabra de las palabras, la "democracia", una diosa prometida en, por y para la Constitución.

III. Premisas y estructuras teóricas

III.1. El ciudadano

El ciudadano es una especie del género persona², ser humano o persona natural. Los órdenes jurídicos modernos caracterizan, por lo general, a la ciudadanía por la atribución de los derechos políticos y los deberes correlativos. La ciudadanía, comprendida desde su titularidad, instituye entre los hombres³ que disfrutaban de ella una "igualdad fundamental de pertenencia"⁴ a una determinada comunidad; así, todos los ciudadanos son exactamente iguales en derechos y deberes. La ciudadanía pone al descubierto la "capacidad de participación del individuo como miembro de pleno derecho"⁵ del Estado al que se encuentra sometido y en cuya construcción y sostén del orden jurídico ha de ser incluido. Asimismo, desde una comprensión estructural, la ciudadanía vislumbra la soberanía inherente de cada individuo que, en tanto ciudadano, dispondrá de un poder mínimo, pero poder al fin, para deliberar, impulsar y decidir la ordenación y el desarrollo de la comunidad en que existe.

La participación de ese hombre al que se emplaza como ciudadano autoriza a pensar la introducción del Derecho en el mundo. En cuanto concierne al Derecho positivo constituyente del Estado, desde el siglo XVIII hasta el presente los únicos creadores han sido las personas humanas, seres constituyentes que, al unir sus

² En este ensayo utilizo el término "ser humano" con igual significado al de "persona natural" o "persona humana" o "persona" o "sujeto natural". Independientemente de los campos semánticos que estos términos puedan llegar a tener, sigo, con firmeza y no menor dosis de terquedad dogmática, el enunciado ecuménico prescrito en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 1 (Obligación de respetar los derechos), ap. 2.

³ Aquí utilizo el vocablo "hombre" para aludir al "ser animado racional, varón o mujer".

⁴ MARSHALL, T. H., "Ciudadanía y clase social", en: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n° 79, Madrid, 1997, p. 301.

⁵ ALÁEZ CORRAL, B., "Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la nación/pueblo", en: *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, n° 7, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2012, p. 96.

individualidades como sujetos soberanos, dan lugar al ente constitucional.

El hombre que está solo en el mundo es un hombre aislado, quizá feliz y sano, pero sin más comunidad que su comunión con la naturaleza. De ese vínculo dependerá su existencia y su subsistencia y no será necesaria la fundación de la ciudadanía. Precisamente, la ciudadanía nace y se desarrolla con la presencia de otros seres humanos, con quienes se ha de acordar un "método" para producir una regla que constituya el fundamento para ordenar las existencias de una comunidad determinada. En otras palabras, un "método" que oriente la elaboración y el cambio de patrones generales para "guía de las acciones"⁶ que deben o pueden ser realizadas y su consecuente evaluación.

Ese método, que según el epígrafe de esta obra conduciría metafóricamente a la "tierra prometida" de la democracia, puede ser pensado por un solo hombre, pero su construcción siempre será plural, porque la única forma que tendría para existir reside en la conjugación y en el compromiso de las individualidades de todos y cada uno de los ciudadanos. Por ello, no hay ciudadanía sin pluralismo. De la misma manera será imposible construir una democracia sin que los hombres compartan valores elementales respecto de cómo no dañarse, como cuidarse y como desarrollarse.

Los seres humanos de carne y hueso, sola y exclusivamente, se convierten en un "presupuesto" del Derecho constitucional en la inteligencia de que son sus excluyentes fundadores. Las instituciones de un Estado, los órganos o ramas del poder, "presuponen" el Derecho constitucional porque son fundadas por el imperativo de sus enunciados normativos⁷.

Atribuir "la dirección suprema" de la ordenación estatal a los representantes de los ciudadanos, en plural, significa que no hay estamento por encima de ellos para realizarlo. Los seres humanos habitan en la realidad, pero la comprensión que tienen o han de poseer sobre ésta no es única. Porque esa realidad "plural", emergente de cosmologías plurales, racionalmente sólo puede ser abarcada con una armonía conjugada de las comprensiones de los ciudadanos. Ergo, esa dirección suprema de los asuntos comunitarios siempre ha de ser plural si guarda alguna ilusión de concretar, por la vía de sus métodos inherentes, a una "tierra prometida", la democracia, que no es más que un método de creación y recreación para la ordenación comunitaria en paz.

La ciudadanía, definida por asignación de los derechos y deberes políticos, inviste a cada ciudadano para ejecutar un orden jurídico configurador de la realidad de una comunidad. Así, el ciudadano es el elemento atomístico por naturaleza. En

⁶ ALCHOURRÓN, C., "Sobre Derecho y lógica", en: *Isonomía*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D.F., 2000, p. 12.

⁷ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, t. 1, Trotta, Madrid, 2011, p. 346.

el mundo físico, acaso por una definición muy anticuada, el átomo fue concebido como el constituyente más pequeño de la materia; en el mundo del Estado y su configuración constitucional, el constituyente primero e indivisible es el ciudadano, quien es portador de una alícuota millonésima de poder inescindible para hacer la Constitución. En el mundo físico, la energía es un concepto clave; en el mundo del Derecho constitucional, el poder político global que se acuna en la sumatoria (siempre plural) de las voluntades de todos y cada uno de los ciudadanos que integran el pueblo es el que dispone el momento de alumbramiento constituyente.

El único modo de concretar la autodeterminación comunitaria es por apelación a la representación política. Los representantes de los ciudadanos del pueblo no se encuentran ligados por un mandato imperativo. La representación, por lo tanto, es un instrumento indispensable, porque resulta inviable que todos los ciudadanos que integran el pueblo deban ser convocados, constantemente, para discutir, por ejemplo, las leyes necesarias, las sentencias judiciales o los actos administrativos para la gobernanza del Estado. La vida ordinaria transita por vía la representación; sin embargo, hay circunstancias extraordinarias en las que se deja paso a mecanismos directos para la formación de la decisión colectiva ciudadana.

El sufragio es una pieza clave y determinante para configurar la elección de los representantes que han de deliberar y decidir el orden jurídico que se instituye y sus variaciones; ocasionalmente, para que el cuerpo electoral elija de manera directa. Al reglar el sufragio, en el artículo 37 de la CFA se dispone lo siguiente: “Esta Constitución garantiza el ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio...”.

La CFA no define la edad que ha de significar el nacimiento de la ciudadanía. Sin embargo, desde fuente legal se determina que comienza, “tímidamente”, a los 16 años⁸, edad en la que se inicia la participación en el mantenimiento y desarrollo del orden jurídico al que ha de juzgarse que quedará sometido. Al universalizar el derecho al sufragio de todos los ciudadanos y generar modelos de democracia “representativa” y “participativa” directa, la CFA traza un recorrido hacia la igualdad, que no amortigua la desigualdad social, pero al menos, al configurar las bases de una ciudadanía bastante igualitaria, significa un paso adelante –nunca hacia atrás– en la construcción política de la comunidad. Si bien la ciudadanía no hará desaparecer las clases sociales, su extensión en los individuos que integran la sociedad política puede ser uno de los remedios (no el único, jamás) para aliviar la intolerable injusticia social.

⁸ Ley 346, art. 7: “Los argentinos que hubiesen cumplido la edad de dieciséis años gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República”.

III.2. La máquina del tiempo

La Constitución queda delineada como un instrumento⁹ para establecer y desarrollar las existencias ciudadanas en paz. Las letras de la Ley fundamental configuran las escrituras ciudadanas de una comunidad de personas igualmente libres.

El inglés H. G. Wells "inventó" en 1895 una máquina del tiempo¹⁰. Su gran descubrimiento –en la más imaginativa de las narrativas– fue permitir el movimiento en el tiempo. Queda en la ficción, en su idónea y mágica originalidad, porque el hombre no puede viajar en todas las direcciones del tiempo. Las Constituciones, elementos sumamente sofisticados, son o deberían ser una suerte de instrumentos que permitan a todas las generaciones (pasadas, presentes y futuras) el diálogo entre sí. Que sus ciudadanos contraten y recontraten sobre el pacto fundacional, en igualdad de condiciones, con el fundamento de que son hombres igualmente libres. Porque toda generación tiene el derecho a deliberar y disponer, en tiempo siempre presente, su forma de organización jurídica, empezando por la constitucional. Sólo así la ciudadanía cuenta con la posibilidad de viajar en el tiempo.

La Constitución, máquina del tiempo, es pura invención humana que autoriza y discierne la estructura de los espacios de los poderes políticos y el marco de referencia temporal de las funciones gubernativas en una comunidad determinada. El instrumento permitió y permite a los hombres alcanzar y disfrutar todo aquello que, por y con su individual energía, no lograrían. Es capaz de producir un poder organizacional superior al individuado en cada ciudadano/a¹¹. La Constitución, el acto instituyente más relevante de una ciudadanía, define y ordena una fuerza con racionalidad y dirección.

La concepción de la Constitución como máquina¹² del tiempo dispone de luces y sombras. Al ser una máquina, se pueden depositar en su seno "oro o plomo"¹³ o "armas o rosas". El principio de constitucionalidad, vaciado en la maquinaria, sirve de molde o envase. Pesa sobre la Constitución, como en todas las instituciones

31

⁹ En semejante sentido se expresa Juan Luis REQUEJO PAGÉS, J. L., *El sueño constitucional*, Oviedo, KRK, 2016, p. 104.

¹⁰ WELLS, H. G.: *La máquina del tiempo*, Madrid, Cátedra, 2015.

¹¹ V. POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Buenos Aires, 1992, p. 76.

¹² Fray Mamerto ESQUIÚ definió a la Ley fundamental como una "inmensa máquina" [9/7/1853] en su "Sermón por la jura de la Constitución", en: *Sermones de un patriota*, Jackson, Buenos Aires, 1944, p. 15. Más tarde, J. B. ALBERDI dijo que entendía por Constitución a la "construcción real de la máquina del Estado". V. "La omnipotencia del Estado en la negación de la libertad individual", en: *Obras Completas*, t. VIII, Imprenta de "La Tribuna Nacional", Buenos Aires, 1887, p. 163. Más recientemente, B. ACKERMAN, en su ensayo "La conversación entre generaciones", se pregunta si la Ley fundamental es una "máquina o un organismo", en su obra *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 89.

¹³ CALAMANDREI, P., prefacio a la edición bilingüe de la obra *De los delitos y de las penas* de C. BECCARIA, Trotta, Madrid, 2011, p. 65.

creadas por el hombre, el hecho de que ella como artefacto es el resultado sustantivo de los "procesos pasados"¹⁴.

III.3. El cambio constituyente

El Derecho es pura creación política y la Constitución su expresión máxima. El segundo acto de mayor trascendencia política en una comunidad se revela en el cambio constituyente protocolizado, porque el primero se instituye por la creación originaria del orden jurídico.

Toda Constitución debería contener como base de certidumbre que su escritura metódica sólo podrá ser expandida, contraída o revisada, por el propio proceso detallado en su texto. El hecho de que la Constitución determine un proceso extraordinario para su metamorfosis se liga con su peculiar naturaleza intangible. La intangibilidad fuerte o precaria indica la presencia de una propiedad primaria u objetiva destacadísima en su ontología; sin embargo, esa cualidad "no puede hacer que lo sucedido no haya sucedido" (aunque puede dejar intactos determinados estados de cosas o "censurarlos de modo categórico"¹⁵). Por esa razón, sólo puede penetrar el "presente y el futuro"¹⁶, que se encuentran abiertos al Derecho constitucional; no el pasado ya agotado. El tiempo futuro, por su parte, no puede quedar ligado eternamente al Derecho constituyente del Estado, porque la ausencia de cambio es impropia del itinerario de los seres humanos. El dictado de reglas jurídicas eternas, aunque encomiable, instituye una definición que no resulta compatible con la finitud del ser humano. Todo intento de hacer totalmente irreformable el futuro jurídico chocará, por un lado, con la naturaleza cambiante del pensamiento humano y, por otro, con su natural entidad física y precedera.

La Constitución, un instrumento de franca naturaleza normativa, por intermedio de los "límites y vínculos"¹⁷ de sus reglas y principios intentará planear y disciplinar, hasta cierto punto, el ejercicio monopólico y centralizado de la fuerza por parte del Estado. Además, desde una comprensión interna del propio objeto, esos límites son los "límites del lenguaje"¹⁸ para la variación constituyente de la Ley fundamental del Estado, dado que estos lindes no son un adorno sino los límites indisponibles de su mundo jurídico.

¹⁴ VELEN, T., *Teoría de la clase ociosa*, Hyspamerica, Buenos Aires, 1985, p. 182.

¹⁵ Una pieza de esta naturaleza jurídica se ofrece en el art. 15 de la CFA, según texto de 1853, actualmente en vigor: "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración".

¹⁶ ENGISCH, K., *El ámbito de lo no jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (España), 1960, p. 15.

¹⁷ FERRAJOLI, L., "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en: AA.VV., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 11.

¹⁸ WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, Revista de Occidente, Madrid, 1957, p. 153.

Los límites de la reforma se presentan como un asunto de radical importancia, porque su existencia o inexistencia determinará, a su vez, la posibilidad de inconstitucionalidad –o no– de una variación constitucional por razones formales o materiales. Además, los límites definen la “unidad” de la Constitución y sus posibilidades normativas. La discusión sobre los límites de una reforma constitucional concita la atención, en grado máximo, en la literatura constitucionalista¹⁹.

Por lo pronto, por “límites” he de entender, conceptualmente, los linderos dentro de los cuales debe transitar la creación del poder reformador constitucionalmente reglado²⁰. Tomo partido, pues, por la doctrina que asimila que el poder de reforma de la Constitución es un poder en la medida y justeza de sus límites, y más allá de estos lindes deja de ser una competencia establecida para convertirse en una pura fuerza y abolirá por completo y de manera automática la idea de que el Derecho ha de ser la razón de la fuerza.

Por un lado, los “límites formales” instituyen a qué órganos calificados compete y a qué procedimiento específico debe atenerse la realización de la creación constitucional reformadora. Además de determinar los cauces formales por los cuales ha de transitar una reforma, la doctrina distingue, por otro lado, “límites materiales” al futuro cambio constitucional. Estos toques definen obstáculos a la potestad de reforma, motivo por el cual, en caso de existir, la función constituyente no debería llevarse a cabo. En pocas palabras, plantean o disponen la irreformabilidad de determinado fragmento de la materia constitucional.

Estrictamente, tales prohibiciones pretenden impedir que una reforma recaiga sobre determinado contenido constitucional. La dogmática constitucional, al referirse a esta clase de disposiciones, las ha denominado “cláusulas de intangibilidad”, “disposiciones constitucionales intangibles”, “reglas irreformables”, “reglas de eternidad”, “cláusulas de eternidad”, “contenidos intocables” o “contenidos o cláusulas pétreos”. Por una cuestión de coherencia con la línea teórica aquí mantenida, tal como justifico más arriba, al referirme a esta categoría lo hago como “límites materiales” al ejercicio del poder constituyente reformador, aunque considero que “reglas irreformables” sería la expresión técnicamente más adecuada. Tales límites materiales se pueden encontrar “explícitos” en la Constitución, tal como se advierte, por ejemplo, desde el artículo 60 de la Constitución de la República Federativa del Brasil²¹, o “implícitos”, ejercicio que realiza la CFA en su artículo 36.

¹⁹ La literatura es vastísima. V. DÍAZ RICCI, S. M., *Teoría de la reforma constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 558-713; LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, pp. 188-205; SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992, pp. 116-134; DE VERGOTTINI, G., *Diritto Costituzionale comparato*, quinta edizione, CEDAM, Padova, 1999, pp. 206-224.

²⁰ ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000, p. 167.

²¹ “Art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de

La vulneración de esos límites determinados para la reforma indicará que el "nuevo" orden instituido dejará de ser comprendido como una secuencia del normas del "viejo orden", en el cual la unidad de esta secuencia, y con ello la identidad de ese orden jurídico (el viejo), estaban dadas por la identidad y el cumplimiento de los criterios por él ordenados para identificar las normas de la secuencia: el contenido de la regla de reconocimiento constitucional que autorizaba el cambio, ahora violentada por el nuevo orden²². La violación de los límites, pues, establece un nuevo modelo jurídico, el que no puede peticionar para sí la cadena de validez con el anterior; transgredir los límites, en principio, da lugar a dos modelos jurídicos constitucionales, el abolido y el abolicionista.

La Ley fundamental instituye a ciudadanos y a servidores públicos de una combinación de competencias y, sobre todo, de sus límites para ejercerlas. La comprensión estricta de esos límites, entre los que se incluyen los previstos para la propia reforma de Ley fundamental, permitirá poner en funcionamiento y desarrollar sus mecanismos. En pocas palabras, "todo consiste en comprender los límites"²³ de la máquina del tiempo.

III.4. La democracia en la Constitución

34

La simple existencia de una regla constitucional no decidirá ni dispondrá la existencia de la democracia como fórmula política gubernativa. La Constitución, que es una norma, puede ser el resultado de la deliberación democrática, que es una regla del juego político comunitario, y luego nutrirse de ella para el desarrollo de las competencias de los poderes y sus controles recíprocos. Constitución y democracia, en el espacio y en el tiempo, pueden fundirse. Por eso, Constitución y democracia son términos que pueden casarse, pese a que la Ley fundamental –repito– no implica la existencia de una forma democrática. De hecho, puede existir una Constitución sin que sea democrática o incluso peor: puede ser antidemocrática. La historia del constitucionalismo mundial, en los últimos dos siglos y medio, registra abundantes ejemplos de Leyes fundamentales que negaban la autodeterminación de la persona en cuanto ciudadano o empalmaban una concentración irracional de la titularidad y del ejercicio de los poderes gubernativos del Estado. Casi no hay ningún ejemplo de una facción o liderazgo que se jacte de una gobernanza antidemocrática.

En el discurso público, en forma rudimentaria, pueden distinguirse al menos tres aspectos sobre el nudo conceptual "democracia": como principio de legitimación,

deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais...".

²² ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., "Sobre el concepto de orden jurídico", en: *Crítica*, Vol. VIII, n° 23, 1976, pp. 395 y ss.

²³ BARICCO, A., *Océano Mar*, Anagrama, Barcelona, 1999, p. 36.

como ideal y como forma de un sistema político²⁴ constitucional, abstracto o concreto. Tal distinción demuestra que, mientras la primera y la tercera concepción son fuertemente descriptivas, en la segunda el ingrediente prescriptivo domina la escena. Aquí me detengo en la democracia como forma de un determinado sistema político o como forma política de una Constitución, de acuerdo a la tesis que orienta esta disertación. Más precisamente, me refiero al ambiente democrático, un espacio político en el que el poder de autodeterminación política de la comunidad deriva de la conjugación y suma de las soberanías individuadas en cada uno de los ciudadanos que integran el pueblo. Así se alumbró el paso del principio de autodeterminación individual ciudadana, elemento atomístico por naturaleza y excelencia, que implica al principio de soberanía del pueblo y su congregación más o menos ordenada.

Ya he insinuado que la democracia, un determinado método para la creación, mantenimiento y desarrollo de un orden constitucional, se presenta en el imaginario como una "tierra prometida" en la que se ha de desarrollar, previa reunión y deliberación, el "gobierno de los ciudadanos"²⁵ y de las ciudadanas que integran el pueblo del Estado. Aseverar y luego comprobar que, en efecto, se acredite la existencia de un "gobierno de ciudadanos" extiende un pergamino antropológico elemental e inapelable. El gobierno democrático se origina en la sumatoria de las decisiones ciudadanas, todas ellas fundadas en la inmaculada, sagrada e inviolable premisa antropológica de que el hombre y su inherente dignidad son el sostén antropológico de absolutamente todas sus criaturas y descubrimientos. Al respecto, bien se ha enseñado que lo que hoy nosotros denominamos "democracia", en contra de la "autocracia", no es una meta sino una vía, una vía en la que probablemente estemos en el comienzo. Pese a haber sido intentada por primera vez hace muchos siglos, la democracia es constantemente intentada e interrumpida²⁶.

Mi relato no descansa en una escena fantástica ni contiene un decorado teatral, en los que podrían realizarse sus ficciones. No hay una sola forma política de la democracia. Se pueden arrimar ideas para conjugar una vertebración conceptual. Así, pues, la democracia queda subsumida como método de creación, mantenimiento y desarrollo de un orden jurídico. Su característica esencial reside en la participación en el gobierno, es decir, en la creación y realización de las normas generales que constituyen la comunidad. Por consiguiente, la democracia es esencialmente un gobierno de los ciudadanos del pueblo, donde su principal valor consiste en el intento de realizar igual libertad política para todos los seres humanos emplazados en tal estatus. El procedimiento democrático, en tanto predicable del procedimiento por intermedio del cual se genera el orden jurídico, se funda en la

²⁴ SARTORI, G., *Elementos de teoría política*, Alianza, Madrid, 1992, pp. 27 y ss.

²⁵ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, UNAM-ILJ, México D.F., 2003, p. 201.

²⁶ BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 459.

igual libertad política, cuya realización racional exige optar por la prevalencia del principio de la mayoría.

Esta idea de democracia como método, cuya expresión más pura se encuentra allí donde el orden jurídico estatal es creado directamente por los mismos que a él predeterminan quedar sometidos²⁷, aunque fuere en nimia medida, es una definición mínima porque precisamente sugiere sólo el punto de origen. Se desconoce si tendrá éxito. Por lo pronto, parece la más practicable, la más realizable, la menos angustiante, quizá la menos desesperada. Por ello, el método democrático se distingue de otras modalidades de orientación y creación de la actividad estatal: es, sin dudas, de todo lo conocido, el modelo menos implausible.

Los ciudadanos podrán constituirse en pivotes y presupuesto del Derecho constituyente del Estado, según la tesis alumbrada más arriba, a condición de que dispongan de un ámbito soberano para participar y ejercer, individualmente, sus manifestaciones políticas en pos de la construcción de la decisión colectiva comunitaria. En este limitado marco, se afirma que no habrá Ley fundamental sin ciudadanía. No juzgo que la democracia pueda cotizarse solamente por el número de sus miembros. Sin discutir la falsedad o verdad de que "millones de ignorancias no forman un saber"²⁸, el valor epistémico de la democracia reside en su concepción como un método nutrido de determinados requisitos resolutorios que hará a su apropiada existencia o inexistencia. La dimensión de la democracia, su función o disfunción, en el seno de una comunidad estatal, no se ha comprobar con los instrumentos de que el hombre dispone para verificar o escudriñar las entrañas del mundo natural. La democracia, como producto cultural, variará de Constitución en Constitución, aunque pueden existir elementos atomísticos imprescindibles; entre ellos, la inalterable dignidad del hombre y el emplazamiento de su ciudadanía política consabida, maciza e intachable.

Ya señalé que la Constitución es una norma instrumental. Ella misma puede dar cauce, envasar, contener y limitar a la democracia: una regla conceptual, que indica una "forma política asumida por un Estado" en la que la capacidad para decidir pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos que integran el pueblo, quienes participan en la producción y en el cambio de ese orden instituido por la Ley fundamental. Ingresada la democracia al cauce de la Constitución, aquella soberanía ciudadana es ejercida, de manera básica, en forma representativa, sobre la base de la prevalencia del principio de la mayoría y respeto de la minoría. Si bien el principio mayoritario es la base de la democracia, no debe ser entendido en sentido absoluto, puesto que ninguna mayoría debería negar los derechos de la minoría, en especial, sus derechos de libertad, políticos, sociales y civiles no patrimoniales.

²⁷ KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México D.F., 1958, p. 337.

²⁸ TAINE, H., *Los orígenes de la Revolución Francesa*, Ediciones Mayo, Buenos Aires, 1944, p. 7.

Resulta complejo imaginar la democracia sin el cauce previsto por la norma constituyente del Estado. En efecto, la democracia es una regla conceptual sobre la titularidad y el "válido ejercicio del poder"²⁹, que se constituye en la autodeterminación ciudadana y la colocación de límites y vínculos a los poderes del Estado para impedir su abuso y su ejercicio orientado al bienestar de la comunidad.

La democracia, en su conjunto, constituiría una de las más celebradas ideaciones del ser humano. Como quiera que se encuentra constituida, siempre deberá mostrar dos piezas claves: una premisa antropológica, sustentada en el inalterable fundamento de la soberanía de la persona en cuanto ciudadano del Estado; y otra tecnológica, la racional distribución y separación de las funciones del gobierno del Estado, único modo conocido de evitar, impedir o aliviar el abuso del poder, por lo general concretada en una Constitución.

La concepción de la democracia incluye abiertamente en su agenda al pluralismo ciudadano como elemento constitutivo; no puede explicarse ni definirse sin la descripción de la citada cualidad. No puedo imaginar ningún método de producción del orden jurídico estatal más incluyente que el método democrático. Sin embargo, por vía de hipótesis, debo confesar que es cierta la afirmación de que "la democracia no es la única forma de vida del ser humano"³⁰, pese a que no puedo hacer ningún aporte respecto a las virtudes o debilidades de otro método que pueda competirle con razón.

Por último, también se achaca reiteradamente a la democracia que el criterio de la prevalencia de la mayoría, simple o absoluta, no implica necesariamente un criterio de verdad. La acusación goza de fundamento desde que el principio de mayoría no atenaza la prueba o constitución de la verdad. De cualquier modo, hasta que los seres humanos dispongan de un novedoso y futurible criterio para la construcción de sus comunidades, la debilidad del principio de la mayoría, que no augura ni la prueba del Derecho ni la existencia de la verdad, constituirá la pieza relevante para la configuración democrática.

Con los desarrollos que anteceden haré un rápido reexamen.

Primero. La democracia es un método de creación de un orden jurídico; aquí, en especial, se la juzga cuando ella nutre y luego es conducida por una Constitución. La democracia es un método antitético del autocrático, pero se encuentra prisionero de virtudes y defectos. Entre sus luces, por cierto, el hecho de residir, por definición en la participación ciudadana plural, se afirma la posibilidad del autogobierno ciudadano de una comunidad. El ciudadano, como titular, tiene una cuota del poder comunitario, aunque su concreción y efectividad dependerá de decenas de cuestiones que podrán desnaturalizarlo o avasallararlo. Entre sus defectos más

²⁹ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, t. 2, Trotta, Madrid, 2011, p. 17.

³⁰ HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, ob. cit., p. 199.

notables se encuentra el estatuto de los perdularios; quienes son vencidos, por lo general en una contienda electoral auténtica, deben aguardar un nuevo turno electoral, con abstracción de la certeza o ubicuidad de sus programas para el bienestar de la comunidad.

Segundo. La democracia designa un método para la creación de un orden constitucional, su despliegue y también su cambio. La democracia, por regla, ha de ser representativa. El Preámbulo de la CFA establece: "Nos los representantes del Pueblo de la Nación Argentina..." (al momento de la escritura en 1853, la Argentina no llegaba al millón de habitantes). También la CFA dispone de aparatos de democracia directa (arts. 39 –iniciativa– y 40 –consulta popular–), pero cuanto aquí interesa consiste en demarcar que la democracia representativa es el método por excelencia asumido constitucionalmente para dar forma política a una creación determinada del orden estatal.

Tercero. Los seres humanos son el presupuesto de la Constitución y esta última se constituye en un paradigma para canalizar a la democracia. El método democrático, falible por naturaleza, debe nutrirse del efectivo anclaje de una gran cantidad de derechos políticos que, en pocas palabras, autoricen siempre a todo ciudadano a expresar auténticamente sus ideas para el gobierno del Estado y, llegado el caso, participar en su conducción. Así, la deliberación pública de las ideas se convierte en una pieza clave para la construcción del método democrático que quedará contenido y limitado por la Ley fundamental. Pareciera que la democracia, para existir, requiere de la normatividad de una Constitución.

Cuarto. En una democracia el poder electoral será siempre "un ciudadano, un voto". Cualquier transgresión ha de violentar la propia idea sobre la asociación comunitaria que propone el método democrático. En toda comunidad política debe existir una sola clase de personas: aquellos que son emplazados como ciudadanos; unos cuantos de ellos deberán asumir la función como servidores públicos, siempre con un plazo determinado para su encomienda constitucional. Si a la democracia se la concibe como integrada por gobernantes y gobernados, todo se complica a punto tal que la manipulación perversa puede hacer que se desvanezca el principio de que todo ciudadano será titular y responsable de su voto.

Quinto. La democracia significa gobierno de los ciudadanos. Sin embargo, puede ser más o menos gobernanza "ciudadana", en tanto los ciudadanos resulten excluidos (o incluidos) en los actos de deliberación y decisión pública del Estado. También puede ser más o menos "gobierno"³¹ de los ciudadanos en la medida en que ellos como miembros de la comunidad puedan hacer efectivas sus opiniones.

Sexto. El método democrático es un instrumento que, aunque basado en la

³¹ Ross, A., *¿Por qué democracia?*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1989, pp. 95-96.

dignidad del ciudadano, debe apelar al principio de la mayoría con respeto irrestricto del principio de la minoría. Sin embargo, debe reconocerse que el poder de la mayoría no consagra o comprueba por sí mismo la existencia de una verdad. La democracia es un método para la construcción, el mantenimiento y el cambio de las existencias constituyentes dentro de un Estado, que podría apelar a recursos científicos, pero no es una ciencia ni podría serlo. El reconocimiento del principio de la mayoría es inherente a la propia existencia de la democracia, con respeto de un marco irrenunciable de derechos para la minoría, cuya destrucción devastaría la propia noción de democracia.

Séptimo. El hombre precede a la Constitución y ésta fundamenta al Estado. El método democrático, cuya canalización más eficiente se realiza por intermedio de una Ley fundamental, puede asegurar una Constitución democrática, pero la profundidad y el grado de esta democracia será una cuestión muy distinta y siempre abierta a debate, hasta que el hombre sea capaz de generar "nomencladores" o instrumentos para cotizar la democratización determinada en un Estado determinado. Así, pues, el método democrático siempre ha de estar al servicio de los ciudadanos que integran el pueblo del Estado³².

Octavo. La democracia es una regla política que permite reconocer cómo se funda, cómo se ejerce y cómo se cambia el poder político dentro de una comunidad de ciudadanos igualmente libres.

Noveno. El poder electoral en la democracia anida en la decisión del ciudadano, quien escoge una propuesta iluminada por un representante; es el caso de la democracia representativa. Una variante de este poder puede yacer en la presentación de una propuesta o varias propuestas, en las que los ciudadanos sin elegir representantes eligen una de las propuestas (en ciernes); es el caso de la democracia participativa o directa.

En el ámbito de la democracia representativa, básicamente, las propuestas son expuestas por partidos políticos; en algunos países, como por ejemplo la Argentina, su CFA dispone, irracionalmente, que tales entidades gozan de la "competencia" (monopólica) para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos (art. 38). Sin discutir la notoria falta de razón suficiente del monopolio señalado, cabe preguntarse si la deliberación pública se vería favorecida en caso de que los gestores de las normas de Derecho fuesen escogidos por sorteo del padrón electoral. Sin suprimir las elecciones, los ciudadanos podrían ser escogidos en forma aleatoria, por sorteo, con el horizonte colocado en la capacitación de la ciudadanía para la gobernanza y el bienestar comunitario. Otro modelo sería que las iniciativas fuesen enviadas por los ciudadanos a los Congresos, Convenciones o Asambleas con una garantía abierta de tratamiento serio, robusto y solvente. No hay espacio

³² SARTORI, G., *Elementos de teoría política*, ob. cit., p. 37.

aquí, empero, la democracia para la elección de autoridades basada en comicios generales, auténticos y transparentes es una herramienta idónea pero insuficiente.

Además, en los tiempos actuales, no puedo dejar de presumir sobre un temible avance de la nanotecnología y su futurible implicación para el manejo de los procesos democráticos sobre el espesor de la decisión ciudadana. Hasta el presente, dicho de manera simple, se han podido apreciar (recientemente en las elecciones generales (presidenciales y congresuales) realizadas en 2016 en los Estados Unidos y en Brasil en 2018) determinadas formas de manipulación electoral. Sin embargo, no se ha computado, todavía, qué sucedería con la instalación de diferentes dispositivos que podrían monitorear desplazamientos humanos, detectar preferencias ciudadanas e inducir políticas comunitarias. Con sensatez se ha aseverado que el sufragio universal no conduce necesariamente a la democracia e incluso puede dar lugar a una "autocracia electiva"³³.

Frente a todo ello hay una evidencia: para mantener cuidadosamente y evitar que se desvanezca la idea de un ciudadano igual a un voto, ningún elemento tecnológico, absolutamente ninguno, debería interferir entre la decisión del ciudadano y su formulación en un recinto electoral que lo recoja para su cómputo. Caso contrario, la victimización de la ciudadanía sería el resultado de movimientos en el ciberespacio.

40 Décimo. Tal como expongo en el próximo apartado, la democracia, como método político para la configuración de una Ley fundamental y su desarrollo, básicamente ha de determinar quién ha de ejercer la "autoridad pública" y bajo qué prescripciones. Por eso, resultará correcto afirmar que en la democracia el poder político pertenece a los ciudadanos que integran el pueblo, quienes, soberanos en su individualidad, al unirlos son capaces de parir la soberanía popular o ciudadana, pero jamás podrá pertenecer a un grupo determinado o limitado de gentes.

IV. Primer movimiento.

La democracia en el vocabulario de la Ley fundamental

La Ley fundamental de la Argentina es el texto más antiguo de los vigentes en América Latina. El 25 de mayo de 1853 el director Provisorio de la Confederación Argentina, Justo José de Urquiza, decretó:

Art. 1: Téngase por Ley Fundamental en todo el territorio de la Confederación Argentina, la Constitución federal sancionada por el Congreso Constituyente el día primero de mayo de ese año en la Ciudad de Santa Fe.

Art. 2: Imprímase y circúlese a los gobiernos de provincia, para que sea promulgada y jurada auténticamente en comicios públicos.

³³ V. BOVERO, M., "Autocrazia elettiva", en: *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2, 2015.

La CFA fue jurada el 9 de julio de 1853 en toda la Confederación, excepto por el pueblo de la provincia de Buenos Aires, que recién suscribió el pacto constitucional en 1860.³⁴ Posteriormente, el texto fue reformado en los años 1866, 1898, 1949³⁵, 1957 y 1994 –el último cambio formalizado.

Sus enunciados normativos y no normativos se encuentran repartidos en un "Preámbulo", dos "Partes" y las "Disposiciones transitorias". La "Primera Parte" contiene al "Capítulo primero: Declaraciones, derechos y garantías" y al "Capítulo segundo: Nuevos derechos y garantías". La "Segunda Parte: Autoridades de la Nación" abarca un "Título primero: Gobierno federal" y un "Título segundo: Gobiernos de provincia". Los principios y las reglas de naturaleza permanente se alojan en 129 artículos constitucionales, más el 14 bis (derechos sociales) distribuidos en las dos primeras partes, respectivamente. Por último, las "Disposiciones transitorias" se hospedan en 17 artículos.

Corresponde decir con propiedad que la CFA, desde 1853-60, consagra la supremacía normativa de la suma regla y el correspondiente escalonamiento jerárquico de las normas inferiores a ella. Según se alumbra en el artículo 31:

Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

41

Por lo tanto, el Derecho de la Constitución posee una peculiar forma de ordenar y organizar la vida comunitaria. La subordinación del Estado al Derecho de la CFA

³⁴ El poder constituyente originario observó ciclo abierto desde 1853 hasta 1860. El ingreso del pueblo de la provincia de Buenos Aires significó un aporte decisivo para la construcción del Estado argentino. Aunque el año 1853 fue un momento clave de la democracia constitucional argentina, debe ser interpretado como el período 1853-60 dado que, pese a que en este último año lo que hubo fue una reforma, desde el punto de vista jurídico lo que aconteció fue la consolidación del poder constituyente originario, ciclo abierto en 1853. Por eso es correcto mencionar que el texto fundacional argentino es de 1853-60, pese a que en este texto, en general, sólo por razones de simplificación del lenguaje, a veces, se indique 1853, a secas.

³⁵ La reforma de 1949 instituyó un "plan maestro sobre determinada idea de justicia social", que incluyó un gran menú de derechos sociales, pero mantuvo incólume el absolutismo presidencial. El 27/4/1956, la dictadura militar "en ejercicio de sus poderes revolucionarios", por intermedio de una proclama con fuerza obligatoria, declaró vigente la Constitución federal sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898, y la exclusión de la de 1949, sin perjuicio de los actos y procedimientos que hubieren quedado definitivamente concluidos con anterioridad al 16/9/1955 (art. 1). La reforma constitucional de 1949 intentó ser borrada del imaginario jurídico y político, con la misma impropiedad que la que podrían aplicar o asumir las tareas de los seres humanos para borrar o anular la vejez de la materia o la propia expansión del Universo.

constituye un mecanismo claro, solvente y riguroso. Además, por su antigüedad, merece ser objeto de una comprensión específica y calificada.

La CFA reformada a partir de 1994 dispone la complementariedad constitucional del Derecho internacional de los derechos humanos, cuya jerarquía se detalla y determina en las condiciones establecidas en el artículo 75, inciso 22. El recto entendimiento de la primacía surge de la conglobación normativa de los artículos 31 y 75, inciso 22, empalmados con los artículos 1 (forma republicana de gobierno y sistema de gobierno representativo) y 27 (principios de Derecho público).

La palabra “democracia” no existe en el texto de 1853. Las reformas constitucionales de 1860, 1866 y 1898 tampoco la emplearon. Recién con la reforma constituyente de 1957 se introduce, como adjetivo, en el artículo 14 bis³⁶. Dicho sea de paso, la reforma constitucional sancionada por la Convención Nacional Constituyente de 1949 dispuso lo siguiente en su artículo 15: “El Estado no reconoce organizaciones nacionales o internacionales cualesquiera que sean sus fines, que sustenten principios opuestos a las libertades individuales reconocidas en la Constitución o atentatorios al sistema democrático en que ésta se inspira”.

La reforma constitucional de 1994 introduce la palabra “democracia” en forma bastante reiterada: artículos 36³⁷, 38³⁸ y 75 (incs. 19³⁹ y 24⁴⁰). En reglas de jerarquía constitucional –por imperativo de lo ordenado en el art. 75, inc. 22, de la CFA– como el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), su significado se halla insospechablemente inserto, aunque no se lo simbolice con el término “democracia”: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. ¿O la

42

³⁶ Art. 14 bis, CFA: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: [...] organización sindical libre y *democrática*...”.

³⁷ Art. 36, CFA: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema *democrático*. Estos actos serán insanablemente nulos [...] Atentará asimismo contra el sistema *democrático* quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos...”.

³⁸ Art. 38, CFA: “Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema *democrático*. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento *democráticos*...”.

³⁹ Art. 75, CFA: “Corresponde al Congreso. [...] 19: Sancionar leyes de organización y de base de la educación que [...] aseguren [...] la promoción de los valores *democráticos* y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna [...] y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales...”.

⁴⁰ rt. 75, CFA: “Corresponde al Congreso. [...] 24: Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden *democrático* y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes...”.

idea de libertad política (autodeterminación) no es una *conditio sine qua non* para la configuración de la democracia?

Actualmente pues, en el lenguaje constitucional, la palabra "democracia" aparece seis veces en el texto; en cuatro de ellas, para dar una cualidad esencial del sistema o la naturaleza del orden instaurado (*cf.* arts. 36 –dos ocasiones–, 38 y 75, inc. 24), en otra para hacer referencia a una peculiar modalidad de organización gremial (*cf.* art. 14 bis) y la restante es mentada como valor (*cf.* art. 75, inc. 19). Se hace evidente que, en este estado de cosas empírico, "sistema u orden democrático" es la expresión que sobresale.

Además, para que no queden dudas, el poder constituyente adoptó como estrategia enclavar los dispositivos normativos (sistema democrático y orden democrático, que considero bien pueden ser entendidos como sinónimos) tanto en la Primera Parte de la Constitución, Cap. Segundo: Nuevos Derechos y Garantías (*cf.* arts. 36 y 38) como en la Segunda Parte, Autoridades de la Nación, Título Primero, Gobierno Federal, Capítulo Cuarto (*cf.* art. 75, inc. 24): atribuciones del Congreso. La inserción, por lo pronto, no parece casual y por ello es muy sugestiva. Se trata claramente de definiciones instaladas en cada uno de los grandes fragmentos que componen el texto constitucional argentino. Yendo aún más lejos, insinúo que el respeto de los derechos fundamentales y el ejercicio del poder se hallan ligados, sin vacilaciones, por la impronta del sistema democrático establecido por la Constitución.

43

En rigor de verdad, las definiciones aportadas por el poder constituyente que reformó la Constitución en 1994 establecen seriamente que la democracia es la regla rectora de la CFA. Así, como se ve más adelante, la Constitución federal es la regla que encauza al proceso de organización comunitaria estatal; una vez logrado, es nuevamente la regla que orienta toda la actividad estatal. En pocas líneas, la democracia cumple un doble papel en la organización fundamental de la vida comunitaria de los argentinos. Es la regla que informa y nutre el proceso de configuración de la Ley fundamental. Luego, la participación popular –con sus reglas y mecanismos para la obtención de resultados y conformidades–⁴¹ es columna vertebral que orienta, propiamente, la aplicación de las disposiciones constitucionales.

Ahora bien, así como el concepto de democracia de los antiguos muestra poca referencia en común con el concepto o inteligencia moderna de democracia, en razón de que por democracia los antiguos entendían democracia directa con fundamento prevaleciente en la autodeterminación comunitaria y los modernos, inevitablemente, democracia representativa basada en la autodeterminación individual del ciudadano, la imagen de democracia que ofrece la Constitución de 1853 fue débil. Recién en

⁴¹ ROSATTI, H. D., "Defensa del Orden Constitucional", en: AA.VV., *Reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 42.

el siglo XX, concretamente en 1916, por primera vez un presidente de la República fue electo por sufragio (masculino) universal, igualitario y obligatorio. Por ello, la democracia constitucional argentina no confluye en una idea unitaria, si es que el imperio de la Constitución es descripto con sustento en la existencia o no del sufragio universal.⁴² En pocas palabras: desde 1853 hasta 1916 el régimen no fue de mayoría, si por mayoría se entiende conferir reconocimiento a los derechos políticos de todos, absolutamente todos los ciudadanos.

En suma, la Argentina es un Estado constitucional desde 1853. Sin embargo, desde ese momento y hasta 1916 fue una república oligárquica, un verdadero oxímoron, una Ley fundamental sin pueblo. Entre 1853-1916 se constituyó una Constitución sin pueblo, pura oligarquía conservadora que pretendía asumir un discurso liberal para encubrir su verdadera filiación ideológica: conservar y usar un derecho de propiedad predispuesto con injusticia social, con exclusión de la mayoría de los habitantes y en desconocimiento de sus derechos políticos. En 1916 el triunfo electoral de la fórmula presidencial encabezada por Hipólito Yrigoyen, merced al apoyo de los ciudadanos varones que pudieron expresarse y colectarse sus preferencias electorales por conducto de la Ley 8871⁴³, patentizó un progreso notable en la adquisición de la ciudadanía.

44 Asimismo, el orden constitucional fue quebrantado por golpes militares en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976. Luego de la tragedia del terrorismo de Estado 1976-1983, encabezada por una dictadura militar apoyada por civiles y autoridades eclesiásticas, la Argentina restauró la democracia gracias al ingente y noble liderazgo de Raúl Alfonsín, electo presidente en octubre de 1983, ciclo constitucional que, con inclementes debilidades y "patéticos agujeros negros", se mantiene a la letra al momento de graduar estas escrituras. A partir de 1983, sin equívocos, la Argentina se convierte en un Estado constitucional. Queda indisolublemente unida al propio proceso del constitucionalismo en América del Sud.

⁴² VANOSI, J., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 3ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 114.

⁴³ Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 26 de marzo de 1912. Dispuso vigorosamente en su artículo 1: "Son electores nacionales los ciudadanos nativos y los naturalizados desde los diez y ocho años cumplidos de edad, siempre que estén inscriptos unos y otros en el padrón electoral". Y en el artículo 5: "El sufragio es individual, y ninguna autoridad, ni persona, ni corporación, ni partido o agrupación política puede obligar al elector a votar en grupos, de cualquier naturaleza o denominación que sea". Regiamente también prescribió la naturaleza secreta del sufragio.

V. Segundo movimiento. Límites democráticos al cambio constituyente

La CFA establece las condiciones necesarias y suficientes bajo las cuales un acto de reforma constitucional será válido. Se trata de una propiedad capital de la norma. Así, la reforma constitucional es una verdadera regla de cambio, porque faculta a introducir nuevas reglas en el sistema y en el mismo nivel jerárquico⁴⁴.

Así, en el artículo 30 de la CFA se dispone lo siguiente:

La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

El poder constituyente reformador, tal como se encuentra diseñado por el artículo 30, consta de tres etapas: 1) iniciación; 2) deliberación pública y elección de los ciudadanos que integrarán la Convención federal constituyente; y 3) producción propia constituyente (creación constitucional): ampliación, reducción o revisión de las escrituras ciudadanas. No corresponde considerar aisladamente ninguna de estas etapas, porque una relación ontológica esencial las une con franqueza y nitidez. Las tres instituyen un todo: el proceso constituyente, un único modelo para el cambio de la Ley fundamental.

La democracia, como método de creación augusta del orden jurídico, se encuentra omnipresente en el proceso reformador de la CFA. Ciertamente, en su textura no se encuentra escrita, con explicitud, como un límite formal o material. Sin embargo, una dogmática constitucional adecuada, racional y pertinente, permite asomar la presencia del principio democrático, ora como límite formal, ora como límite material al proceso reformador.

V.1. Defensa de la democracia y límites formales al proceso constituyente

Se ha visto que los límites formales fijan a qué sujeto calificado compete y a qué procedimiento específico debe atenerse la realización de la creación constitucional reformadora. La observancia puntual y exacta de las etapas del proceso de reforma constituye, sin dudas, un límite formal para la modificación de la CFA. La Constitución federal, de esta forma, limita el proceso de definición de lo que serán las disposiciones constitucionales. Por así decirlo, "constitucionaliza" el proceso estatal para la configuración de su marco jurídico de convivencia comunitaria de máximo rango. Contra lo que habitualmente pueda pensarse, el hecho de que la

⁴⁴ Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 119.

Constitución federal se pueda modificar en el "todo" no quiere decir que no haya límites. Al tratarse de una Constitución rígida, y ser objetivamente el proceso de reforma constitucional más complejo que el legislativo ordinario, ello configura un insinuante e indisponible límite formal.

Entiendo que tales exigencias orgánico-procesales que conlleva el proceso de reforma tienen justificación desde la perspectiva de la satisfacción de la regla democrática. La expresión implícita de la regla de reconocimiento que coloca a la democracia como procedimiento para la producción de más alta jerarquía jurídica se condensa en la estricta regularidad del proceso constituyente prevista por el artículo 30 y lo decidido en los artículos 1 (forma de acceso al poder: republicana; ergo, basada en elección popular), 36⁴⁵ (forma de creación normativa: democrática), 37 (deliberación y plenitud de ejercicio de los derechos políticos), 44 (representación del pueblo de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires) y 54 (representación federal). Asumir estas características distintivas en el proceso de reforma implica reducir o eliminar la incertidumbre respecto de la regla de reconocimiento instituida para el cambio. Dentro de esta comprensión, los sometidos al poder son quienes, de forma igualmente libre –por sí mismos o a través de sus representantes–, podrán crear normas que gesten cambios o se adapten a los ya producidos.

46 Por consiguiente, desde el punto de vista formal, los límites del mundo constitucionalmente posible de la CFA son colocados por su propio lenguaje⁴⁶. La elección por determinados sujetos (primero el Congreso y luego la Convención Constituyente) y por un determinado proceso conglobado en etapas (iniciación, deliberación y sanción) establece una cuestión que afecta la competencia, limitada, de la reforma de la Constitución.

V.2. Defensa de la democracia y límite material implícito

La CFA no establece límites materiales expresos al poder constituyente, como sí lo hacen, por ejemplo, la Ley fundamental de Bonn en su artículo 79, inciso 3: "Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley fundamental que afecte a la división de la federación de *Länder* o al principio de cooperación de los *Länder* en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1 y 20". O la Constitución italiana en su artículo 139: "La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional".

Desde el siglo XIX la CFA contiene en su articulado decisiones con arraigada definición valorativa, que no pueden encajar dentro de una moderna técnica de

⁴⁵ Sobre esta pieza capital del orden instaurado por la CFA, se remite al lector al siguiente apartado.

⁴⁶ Cfr. WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, con una introducción de Bertrand RUSSELL, Revista de Occidente, Madrid, 1957, p. 153.

intangibilidad: ruptura de la esclavitud (art. 15), abolición de la pena de muerte por causas políticas y toda especie de tormentos y los azotes (art. 18), eliminación de la confiscación de bienes del Código Penal (art. 17) y prohibición de otorgar la suma del poder público (art. 29). La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) se ha referido a ellos como "cláusulas inmutables del pacto fundacional de la República vigente desde 1853 (arts. 1 y 33 de la Ley Suprema)", pero sin definirlos expresamente⁴⁷.

En la dogmática constitucional adquiere una especial relevancia la disposición incluida en el artículo 36 por la reforma constitucional de 1994: "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos...". El artículo 36 de la CFA institucionaliza, con propiedad, una cualidad sobre las cualidades de la Ley fundamental, al disponer la prohibición de acabar con la democracia por medios jurídicos y pacíficos. Porque el Derecho constitucional encierra el estatuto sobre la regulación y administración de la fuerza estatal; ergo, una o cualquier fuerza sin regulación, la fuerza misma no puede ser objeto de veneración constituyente. Se trata, pues, de una regla jurídica pura, entera y robusta que se refiere específicamente "a actos de fuerza [...] contra el sistema democrático". La tarea básica del artículo 36 constitucional es servir como norma de defensa del principio democrático en el mismo seno de la Constitución.

47

El primer fragmento, en la condición examinada y estudiada prevista por el artículo 36, es el paradigma de la reforma constitucional de 1994. Representa una verdadera imposición de la CFA. Se trata de un límite material implícito, conclusión que no afecta la posibilidad de su reforma total, desde que, precisamente en el artículo 36, se define el significado de la Constitución: instrumento para intentar racionalizar el ejercicio de la fuerza estatal.

Una reforma total plantea, en principio, la posibilidad de que la creación jurídica sea ilimitada: cualquier materia y cualquier ámbito personal, espacial y temporal de existencia. Al sostenerse la existencia de límites materiales, la capacidad de regulación normativa no deja de ser ilimitada. Se está implicando que, si bien todo es mudable, cambiante, siempre que se decida por el procedimiento de autogobierno y respeto de la autonomía personal, es la propia racionalidad la que, como paradigma, indica que no debería tramitar por el procedimiento democrático una demanda que pretenda borrar la propia positividad de igualdad y libertad que establece la decisión democrática como propia.

Afirmo que las reformas pueden generar gigantescos cambios en el sistema de gobierno y en la distribución de bienes y recursos comunitarios. Si los ciudadanos de un pueblo como el argentino adoptasen la democracia para desprenderse de esta

⁴⁷ V. Causa "ALIT", resuelta el 21/11/2006 (CSJN, *Fallos*: 329: 5266).

modalidad de producción y respeto de la dignidad humana en que ella consiste, empleando al propio método democrático para autodestruirse, sería necesario convertir a la democracia constitucional en un sistema político de naturaleza diferente. No es constitucionalmente admisible la reforma total de la CFA, aunque se cuente con el consentimiento de la mayoría de los ciudadanos gobernados, si la reforma instala la autocracia o implica que el poder de la mayoría puede, llegado el caso, violar la soberanía de las conductas del ciudadano en su ámbito personal.

Una “Constitución no democrática” no podría hallar fundamento, jamás, en la constitución democrática, porque en el propio proceso de emanación jurídica el pueblo, al conceder un poder absoluto, renuncia al propio fundamento de la democracia: la libertad soberana del ciudadano para decidir. Ergo, la democracia no da pie para su propio suicidio; la regla de la mayoría no concede evitar la pluralidad de las respuestas, desde que en el caso apuntado la decisión debería ser soportada por todos. La democracia constitucional puede sustituirse, pero el nuevo sistema antidemocrático que destruye al anterior opera fuera del paradigma de validez. El límite material implícito descansa, con serenidad, en el artículo 36 de la CFA.

Fatalmente, la vulneración de los postes determinados para el proceso de reforma constitucional configura el vicio de mayor entidad que puede padecer un orden jurídico. Revela una extraordinaria e inusitada gravedad, en especial, en aquellos órdenes jurídicos como de la Argentina, que no configuran la limitación expresa ni determinan el órgano o sujeto que correspondería para su solución, en caso de que la tuviere⁴⁸. Mantengo mis dudas acerca de que, acaso, la violación de los límites formales en el proceso reformador posea reparación jurídica. Mi agnosticismo es completo cuando se examina la violación manifiesta de límites materiales implícitos, como mágicamente se ordena desde el artículo 36.

48

VI. Final

Uno. Los ciudadanos son los artífices del Derecho constitucional.

Dos. La Constitución es una “máquina del tiempo” y, como todo objeto resultado

⁴⁸ El 19/8/1999 en la sentencia dictada en la causa “Fayt” (CSJN, *Fallos*: 322: 1616) significó que, por primera vez en la historia de la jurisdicción de la Argentina, la CSJN realizara, indebidamente, un juicio de “nulidad” sobre disposiciones creadas por una Convención que reformó la letra de la CFA. En “Fayt” se pronunció una verdadera contrarreforma por vías prohibidas por conducto de una sentencia inconstitucional, demostrativa de una forma de gobierno de los jueces reñida por completo con las órdenes de la CFA. El 28/3/2017 la CSJN, por mayoría de sus jueces, en la causa “Schiffirin” (CSJN, *Fallos*: 340:257) se dispuso que la antidoctrina expuesta en “Fayt” debía ser abandonada y reemplazada por un nuevo canon sobre el control de regularidad del proceso de reforma, que sea “deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo”. En “Schiffirin” se deja de lado un estado de cosas inconstitucional: la terrible pesadilla originada en la sentencia recaída en “Fayt”.

del obrar humano, pesa sobre ella la fugacidad de todo lo artefactual⁴⁹.

Tres. El cambio constituyente, aunque no puede impedir la fatalidad del perecimiento de las cosas inventadas, gracias a su proceso logra dar cabida a las adaptaciones o a los estímulos necesarios para la existencia comunitaria. Apoyo la idea de que los humildísimos actos de protesta en los que participamos, a menudo con razones sobradas para la acción, "pueden llegar a convertirse en las invisibles raíces del cambio social"⁵⁰.

Cuatro. El principio democrático se presenta en la CFA como límite formal y como límite material implícito a la reforma constituyente. Si el pueblo puede limitarse de tal modo a sí mismo, es porque entonces se hace posible el imperio de cierta clase de Derecho de la Constitución, Derecho que se basa, principalmente, en la razón más que en la fuerza y que respeta el derecho de libertad como línea de acción de todo el proceso de adopción de las políticas comunitarias a seguir. Una vez que el pueblo ha adoptado la democracia, tanto él como las generaciones futuras quedan limitados para siempre en esta clase de sistema político, si se ha de pretender la continuidad. Se podría permitir un cambio hacia otro sistema que amplíe su imperio o la fortaleza. Pero un desplazamiento desde una democracia constitucional hacia una dictadura restringiría el ámbito de la libertad y de su elemento principal: la razón. Quizá, en el futuro, los seres humanos inventen un sistema para la convivencia que dé protección y garantice los planes de vida mejor de lo que lo hace la democracia constitucional actual, con la dignidad y la soberanía inherente a todo ser humano.

Último. Se atribuye a un filósofo⁵¹ que existió entre los siglos XI y XII el aforismo de que los seres humanos vivos, en cierto sentido, son como enanos que están a hombros de gigantes, de modo que puedan ver más lejos que ellos no tanto por su estatura o su agudeza visual, sino porque, al estar sobre sus hombros, se encuentran más altos que ellos.

Mucho más de la mitad de los ciudadanos argentinos (con un padrón electoral

⁴⁹ J. W. GOETHE se expresó con energía y contundencia respecto de la corrupción o cambio: "Mefistófeles: Soy el espíritu que siempre niega, y con razón, pues todo cuanto nace digno es de perecer; por eso sería mejor que nada naciera"; V. *Fausto. Una tragedia*, Penguin Clásicos, Barcelona, 2016, p. 101 (párrafo 1340).

⁵⁰ ZINN, H., *Nadie es neutral en un tren en marcha. Historia personal de nuestro tiempo*, Hiru, Guipuzkoa, 2001, p. 37.

⁵¹ En su ensayo "A hombros de gigantes", Umberto Eco ha señalado que el aforismo de los enanos y los gigantes se le atribuye Juan de Salisbury en el siglo XII a Bernardo de Chartes en el *Metalogicon*, aunque el concepto podría haber sido utilizado hasta seis siglos antes. El enunciado, desde el siglo XII, habría tenido un largo camino hasta la famosa formulación realizada por Isaac Newton en una epístola dirigida a Robert Hooke *circa* de 1675. V. Eco, U., *A hombros de gigantes. Conferencias en La Milanesiana*, Lumen, Madrid, 2018, pp. 20-21.

largamente superior a los 30 millones de personas) no han participado de la reforma de 1994. Sin embargo, cualquier ciudadano se encontraría, gracias al esfuerzo de las generaciones anteriores, con la posibilidad de superar el punto cenital de la ordenación estatal alcanzado por aquéllos, merced al proceso de reforma constitucional. Aunque, desde luego, los ciudadanos vivos pueden comprender el horizonte muchísimo más lejos que sus predecesores, no podrían por la vía del cambio constituyente demoler o abolir la idea de democracia y su dimensión, quizá con el marco propuesto en este ensayo.

En definitiva, la vida republicana y democrática depende, en gran medida, del compromiso⁵² de su ciudadanía con la vocación normativa de su Constitución, cuya idea de reforma –parcial o total– se escribe por regla en su texto de modo autorreferente pero no contradictoria. Hay una “ilusión constitucionalista”⁵³ que recorre con fluidez el mundo: reformada la Constitución, cambiará el bienestar de los ciudadanos que integran la comunidad. Ser partidario del reformismo constituyente y de un orden nuevo y alertar sobre el peligro que acecha al Estado democrático y la desarticulación de las instituciones de la república no me inhibe para reconocer que el cambio constituyente no es la solución global. Ninguna reforma, en la Argentina, por la propia soledad de su dimensión normativa, solucionará auténticamente la estabilidad de los gobiernos, el desarrollo de la democracia y la penosa exclusión social y la vulnerabilidad consecuente de un fragmento importantísimo de la ciudadanía.

50

En cualquier escena la democracia prometida para el gobierno de los poderes del Estado encierra una misión constituyente que merece ser realizada sin claudicación. Sin embargo, la luz de la democracia prometida ilumina la trayectoria del gobierno del que se sabe que configura una tarea “imposible”⁵⁴ porque se puede conocer de antemano determinada insuficiencia de los resultados.

Antes de la caída del telón para estas letras, recuerde el lector que escribir sobre un tema o problema es intimar con el objeto determinado en plenitud⁵⁵. La extensión limitada de este ensayo no permite disertar sobre el grado de malestar

⁵² Sin dudas, la afirmación se inspira en Montesquieu: “Cosa ninguna alivia más a los magistrados, ninguna despeja tanto los tribunales, finalmente ninguna conserva más sosiego en el estado, donde siempre las *costumbres* hacen mejores a los ciudadanos que las leyes”. En *Cartas Persas*, Casa Editorial Calleja, Madrid, 1917, p. 283). Adviértase que Montesquieu se refería a las “costumbres”, mientras que en la proposición esgrimida aquí (en el texto principal) la referencia es dirigida a la cotización normativa de la Ley fundamental del Estado, una escritura laica y ciudadana.

⁵³ BOBBIO, N., *Autobiografía*, Taurus, Madrid, 1997, p. 281.

⁵⁴ Sigmund Freud, en 1937, afirmó que el vínculo analítico entre analista y paciente se funda en el amor a la verdad. Sin embargo, entendió que “analizar” sería una profesión imposible por cierta insuficiencia del resultado. Así, se convertía en la tercera de las profesiones imposibles; porque el gobernar y el educar ya eran de “antiguo consabidas”. V. *Obras Completas*, tomo XXIII, Amorrortu, Buenos Aires, 1991, p. 249.

⁵⁵ SAER, J. J., *El concepto de ficción*, Seix Barral, Buenos Aires, 2010, p. 78.

de los ciudadanos menos afortunados, en otras tantas dimensiones de la regla democrática. Aquí he dedicado la escritura, con exclusividad, a la distinción de una concepción formal y limitada de la democracia. La riqueza creada anualmente en la Argentina es la principal de la región, luego de la brasileña. Sin embargo, resulta alarmante su distribución injustamente desigualitaria.

El actual modelo de sociedad incorpora a una minoría de la población y hace que la mayoría absoluta de las personas humanas que habitan las comunidades queden "estructural y definitivamente excluidas"⁵⁶. La referencia, desde luego, amerita a los sujetos naturales desposeídos: pobres y vulnerables.

En fiel sintonía con lo expuesto, y aunque nunca podría existir libertad para alentar el suicidio de la propia democracia, los abusos de las autoridades constituidas a cargo de los poderes públicos, aupados por la rapiña de los cada vez más emergentes poderes privados y salvajes –una constelación de neocolonialismo tardío–, obligan a repensar la apropiada dimensión del Estado democrático, ahora en términos materiales, que proteja de los citados malestares globales ante la ineficacia de la dimensión normativa vigente. Por ello, en la despedida, queda pendiente un renovado estudio sobre las aludidas condiciones materiales de la democracia y su devaluación por obra y gracia de empresas multinacionales que jaquean el dominio del Estado. Y cualquier ilusión sentada sobre bases racionales de hallar la "tierra prometida".

51

Presumiblemente se puedan decir otras cosas sobre la materia, tales como que la Constitución de los Estados que aspiran a cierta intensidad y dimensión de sus democracias –por ejemplo, la Argentina– es como una "máquina"⁵⁷ que puede conducir al bienestar o al malestar de la comunidad de ciudadanos. Dada su naturaleza artefactual, requiere de una guía inteligente de ciudadanos que comprendan todos sus elementos y las cualidades de su cambio y, sobre todo, los propósitos para los cuales debería ser orientada. Pero de momento no dispongo de la fortuna de pensarlas con vigor, porque intuyo que el descubrimiento de una "tierra prometida" para una democracia por una Constitución, fértil, dúctil, generosa y duradera constituiría una "empresa superior a la inteligencia humana"⁵⁸ –acaso metafísica– y por eso fuera del acceso del saber o dogmática constitucional.

⁵⁶ ZAFFARONI, E. R., "Estado gendarme o Estado fraterno", en: *Revista Derechos en acción*, año 3, n° 7, UNLP, Buenos Aires, 2018, p. 340.

⁵⁷ POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Buenos Aires, 1992, p. 76.

⁵⁸ TAINE, H., *Los orígenes de la Revolución Francesa*, ob. cit., p. 8.

VII. Bibliografía

ACKERMAN, B., "La conversación entre generaciones", en: *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

ALÁEZ CORRAL, B., "Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la nación/pueblo", en: *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, n° 7, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2012, pp. 85-129.

ALÁEZ CORRAL, B., *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, CEPC, Madrid, 2000.

ALBERDI, J. B., "La omnipotencia del Estado en la negación de la libertad individual", en: *Obras Completas*, t. VIII, Imprenta de "La Tribuna Nacional", Buenos Aires, 1887.

ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., "Sobre el concepto de orden jurídico", en: *Crítica*, Vol. VIII, n° 23, 1976, pp. 3-23.

52 ALCHOURRÓN, C., "Sobre Derecho y lógica", en: *Isonomía*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, D.F., 2000, pp. 11-33.

BARICCO, A., *Océano Mar*, Anagrama, Barcelona, 1999.

BOBBIO, N., *Autobiografía*, Taurus, Madrid, 1997.

BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003.

BOVERO, M., "Autocrazia elettiva", en: *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2, 2015.

CALAMANDREI, P., prefacio a la edición bilingüe de la obra *De los delitos y de las penas* de C. BECCARIA, Trotta, Madrid, 2011.

DE VERGOTTINI, G., *Diritto Costituzionale comparato*, quinta edizione, CEDAM, Padova, 1999.

DÍAZ RICCI, S. M., *Teoría de la reforma constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004.

ECO, U., *A hombros de gigantes. Conferencias en La Milanesiana*, Lumen, Madrid, 2018.

- ENGISCH, K., *El ámbito de lo no jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (España), 1960.
- ESQUIÚ, M., "Sermón por la jura de la Constitución", en: *Sermones de un patriota*, Jackson, Buenos Aires, 1944.
- FERRAJOLI, L., "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista", en: AA.VV., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 11 y ss.
- FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, ts. 1 y 2, Trotta, Madrid, 2011.
- FREUD, S., *Obras Completas*, tomo XXIII, Amorrortu, Buenos Aires, 1991.
- GOETHE, J. W., *Fausto. Una tragedia*, Penguin Clásicos, Barcelona, 2016.
- HÄBERLE, P., *El Estado constitucional*, UNAM-IIJ, México D.F., 2003.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962.
- KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México D.F., 1958.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979.
- MARSHALL, T. H., "Ciudadanía y clase social", en: *Revista Española de Investigaciones sociológicas*, n° 79, Madrid, 1997, pp. 297-346.
- MONTESQUIEU, *Cartas Persas*, Casa Editorial Calleja, Madrid, 1917.
- POPPER, K., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Buenos Aires, 1992.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., *El sueño constitucional*, Oviedo, KRK, 2016.
- ROSATTI, H. D., "Defensa del Orden Constitucional", en: AA.VV., *Reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pp. 35-46.
- ROSS, A., *¿Por qué democracia?*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1989.
- SAER, J. J., *El concepto de ficción*, Seix Barral, Buenos Aires, 2010.
- SARTORI, G., *Elementos de teoría política*, Alianza, Madrid, 1992.

SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1992.

TAINÉ, H., *Los orígenes de la Revolución Francesa*, Ediciones Mayo, Buenos Aires, 1944.

VANOSI, J., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 3ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2000.

VEBLEN, T., *Teoría de la clase ociosa*, Hyspamerica, Buenos Aires, 1985.

WELLS, H. G.: *La máquina del tiempo*, Madrid, Cátedra, 2015.

WITTGENSTEIN, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, con una introducción de Bertrand RUSSELL, Revista de Occidente, Madrid, 1957.

ZAFFARONI, E. R., "Estado gendarme o Estado fraterno", en: *Revista Derechos en acción*, año 3, n° 7, UNLP, Buenos Aires, 2018, pp. 335-347.

ZINN, H., *Nadie es neutral en un tren en marcha. Historia personal de nuestro tiempo*, Hiru, Guipuzkoa, 2001.

Las facultades normativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fuentes e intento de clasificación

Juan Manuel Lettieri*

Resumen

Desde su instauración hasta la actualidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado actos de naturaleza normativa y reglamentaria, de las formas más variadas y sobre la base de un amplio catálogo de antecedentes de hecho y de derecho. La doctrina, en términos generales, opina en favor de aquella actividad —aunque con algunas críticas sobre su alcance— pero no existe un estudio pormenorizado e integral sobre el tema, a diferencia de lo que sucede con el Poder Ejecutivo Nacional, al que el derecho administrativo ha dedicado extensos capítulos sobre el modo en que ejerce esa potestad. En algunos de esos actos, la competencia de la CSJN, como es tradicionalmente concebida, resultaba cuanto menos dudosa. El objeto de este trabajo consiste en repasar algunas de esas decisiones, ubicar sus fuentes y agruparlas según su objeto. Su conclusión, se adelanta, va en el sentido de convalidar el ejercicio de las potestades normativas y reglamentarias en la medida en que pueda vislumbrarse sus límites y se garantice su revisión judicial amplia.

Palabras clave: Corte Suprema – facultades reglamentarias y normativas.

* Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública, Universidad de Buenos Aires. Este artículo es una de síntesis de la tesis presentada, bajo la dirección de Cristian S. Abritta, para obtener el grado de Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año 2018, que en breve será publicada en forma integral.

I. Introducción

A lo largo de las líneas que siguen se procurará exponer el modo en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ejerce actividad normativa y reglamentaria, por medio de un repaso de las fuentes que nutren esa actividad y se la intentará clasificar en diferentes categorías según el objeto del acto de que se trate.

Es imprescindible comenzar por recordar que hoy en día prácticamente no hay discusión en cuanto a que cada departamento de gobierno, además de la función primordial que tiene asignada en el reparto constitucional, puede ejercer materialmente otras actividades¹. Dicho de otro modo, cada uno de los poderes del Estado despliega funciones en un campo material propio, originario y esencial, pero con alcance relativo: el Poder Legislativo legisla, el Poder Ejecutivo cumple y hace cumplir las leyes y el Poder Judicial resuelve conflictos con carácter definitivo e imparcial. Asimismo, cada poder ejerce también materias ajenas o extrañas concurrentes y de excepción².

Una innumerable cantidad de precedentes jurisprudenciales y opiniones doctrinarias fueron moldeando a lo largo de la historia el correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional y normativa del poder administrador.

56

Ese vasto contenido jurisprudencial, doctrinario y normativo no se presenta en el estudio de cómo el Poder Legislativo ejerce sus actividades jurisdiccionales y administrativas ni con relación al modo en que el Poder Judicial,³ concretamente la CSJN, lleva a cabo sus competencias normativas y administrativas⁴.

Tanto es así que por el año 2004, el juez Petracchi remarcaba con asombro que “personas con una formación cultural importante no sabían con precisión cuáles eran las funciones del Poder Judicial, y tampoco por qué razón y con qué finalidad los jueces integraban un poder independiente del Poder Ejecutivo y del Congreso de la Nación”⁵.

La doctrina especializada reconoce el ejercicio de “competencias materialmente legislativas” en cabeza de la CSJN para dictar “los regímenes propios sobre personal, contrataciones, consultas de los tribunales en el marco del MERCOSUR

¹ Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2º ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2015.

² Ídem, p. 91.

³ La reciente aparición de otro trabajo sobre esta materia es realmente esperanzadora. Me refiero al de Sacristán, Estela, *La Corte Suprema como titular de Poder Reglamentario*, Buenos Aires, Revista Jurídica Austral, vol. 1º, nº2, (diciembre de 2020), pp. 499/530.

⁴ Cueto Rúa afirmaba que “mucho se ha dicho y se sigue diciendo acerca de la Corte Suprema como tribunal de última instancia. Es menor la preocupación de juristas y aboga Cueto Rúa, Julio C., *La Corte Suprema como poder del Estado*, Buenos Aires, La Ley 1987-D, 863.

⁵ Petracchi, Enrique S., “Cambios en el Poder Judicial de la Nación”, nota elaborada para el diario La Nación el 7 de abril de 2004.

y recursos extraordinarios, entre otros”⁶. Se trata, pues, de “resoluciones judiciales —en abstracto— con rango legal, o en su caso, resoluciones reglamentarias que tienen por objeto establecer los detalles de las leyes sancionadas por el Congreso. Habitualmente, el Poder Judicial ejerce tales competencias regulatorias (legislativas o reglamentarias) respecto de asuntos propios o cuestiones procesales”⁷.

El Poder Judicial no sólo dicta sentencias para resolver un conflicto que dos partes llevaron ante sus estrados. También ejerce actividad administrativa, por ejemplo, al nombrar, sancionar o remover agentes, y normativa, cuando establece las reglas que deben observarse para la confección de las cédulas de notificación⁸.

Es habitual pensar a la CSJN como un tribunal dedicado a dirimir disputas, distinguible de los demás por su elevada jerarquía, pero “es mucho más, es la cabeza de un poder del Estado, dotado de potestades administrativas y reguladoras. Es, además, [...] un órgano dotado de características quasi-legislativas, cuyas determinaciones se proyectan sobre el futuro, obligando a los tribunales inferiores y a quienes acuden a sus estados en demanda de justicia”⁹.

Otro sector de la doctrina¹⁰ propuso otorgar a la CSJN la atribución de presentar proyectos de ley sobre cuestiones inherentes a la organización y funcionamiento del Poder Judicial, práctica que tiene recepción constitucional en algunas provincias¹¹.

En suma, hay posiciones más restrictivas y otras más amplias, pero todas ellas parten de una premisa básica: reconocer potestad normativa o reglamentaria a la CSJN.

Vale recordar, por último, que la CSJN dictó actos de este estilo incluso en forma previa a poner en marcha su función jurisdiccional. En efecto, su primer fallo fue emitido el 15 de octubre de 1863¹², pero: (i) el 11 de octubre de 1863 los ministros se reunieron en su sala de acuerdos “con el objeto de preparar el Reglamento que por el artículo noventa y nueve de la Constitución Nacional se manda a esta Corte

⁶ Balbín, Carlos F., ob. cit., Tomo I, p. 88.

⁷ Ídem, p. 118.

⁸ Tawil, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

⁹ Cueto Rúa, Julio C., “La Corte...”, op. cit.

¹⁰ Mercado Luna, Ricardo, *Facultades colegislativas del Poder Judicial*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, doctrina, 1974. Un interesante antecedente del intento por ejercer esta herramienta puede verse en el proyecto de “ley de fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial de la Nación” (expediente n° 5406-D-2012), cuyo contenido es sustancialmente análogo al proyecto que fue elaborado con motivo de la “IV Conferencia Nacional de Jueces”, el 20 de septiembre de 2010. Puede consultarse este último documento en el siguiente enlace: <http://www.cij.gov.ar/nota-4877--La-independencia-del-Poder-Judicial-es-una-garant-a-del-ciudadano-.html>.

¹¹ A modo de ejemplo puede citarse los artículos 166, inciso 5°, de la Constitución de Córdoba; 123 de la Constitución de Entre Ríos; y 190, inciso 7°, de la Constitución de Santiago del Estero.

¹² Causa “D. Miguel Otero en el asunto mercantil con D. José M. Nadal, interpone, ante la Suprema Corte, los recursos de apelación, nulidad e injusticia notoria, de un auto pronunciado por el Superior Tribunal de Buenos Aires, en su Sala de lo Criminal” (Fallos: 1:17).

dictar para su régimen interior”, que fue dictado ese mismo día¹³; y (ii) un día después creó el reglamento para los juzgados seccionales¹⁴.

II. Las atribuciones constitucionales asignadas a la CSJN

Se ha dicho que los autores de la Constitución Nacional, al delinear las atribuciones del Poder Judicial, concretamente “en lo relativo a la jurisdicción federal [...] sólo pensaron en imitar la Constitución de los Estados Unidos, en esa parte como en muchas otras”¹⁵. Alberdi explicó que nuestra Constitución no era una réplica exacta de aquella y se encargó de precisar, una por una, las diferencias entre el reconocimiento de atribuciones expresas a los poderes ejecutivo y legislativo. Empero, no hizo esa misma disquisición en lo relativo al Poder Judicial¹⁶.

El capítulo IV de la segunda parte, “Autoridades de la Nación”, título primero, sección primera, “Del Poder Legislativo”, titulado “Atribuciones del Congreso”, de la primera versión de la Constitución Nacional previó una gran cantidad de facultades y deberes que debía observar ese órgano. Concretamente, el artículo 67 fue completado con 28 incisos. Del mismo modo, en la sección 2° “Del Poder Ejecutivo”, capítulo III, se consignaron las atribuciones de ese poder en un artículo, el n° 86, compuesto por 22 incisos.

58 Esa técnica fue dejada de lado al enumerar las competencias del Poder Judicial. En efecto, en la sección 3°, del Poder Judicial, se previeron sus atribuciones y sus deberes: el ejercicio de la función jurisdiccional en causas concretas y la facultad de dictar su propio reglamento y de nombrar a sus empleados.

Un sector de la doctrina afirma el actual artículo 113 de la Constitución Nacional rige “hacia adentro de sí misma”¹⁷ mientras que otra opinión postula que es “obvio que su función de gobierno tiene raigambre constitucional, toda vez que el art. 99 de la Constitución Nacional preceptúa que debe dictar su reglamento interior, y naturalmente no debe entenderse por éste, el reglamento de la Corte, sino el del Poder Judicial”¹⁸.

Poco se ha innovado en los textos constitucionales subsiguientes, a excepción de la reforma que tuvo lugar en el año 1949¹⁹, que introdujo importantes modificaciones

¹³ Fallos: 1:7.

¹⁴ Fallos: 1:12.

¹⁵ Fallos: 2:36.

¹⁶ Alberdi, Juan B., *Organización de la Confederación Argentina*, Tomo I, cap. 4° *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, 2° ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1913, pp. 525/528.

¹⁷ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* 4° ed., Buenos Aires, La Ley, 2008.

¹⁸ Craviotto, Eduardo D., *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 1994-D, 901.

¹⁹ En la conferencia pronunciada el 12 de enero de 1954 en la Universidad de Colonia (Alemania)

pero solo rigió hasta la proclama del 27 de abril de 1956, dictada por el gobierno de facto, y la enmienda llevada a cabo en el año 1957.

Con todo, el contenido del capítulo “Atribuciones del Poder Judicial” se ha mantenido, en sustancia, prácticamente idéntico tras las sucesivas reformas de la Carta Magna. Es claro que no fue deseo de las distintas convenciones constituyentes otorgar, explícitamente, más atribuciones a la CSJN. Incluso fueron asignadas al Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, creado en la reforma constitucional que tuvo lugar en 1994, seis funciones específicas, algunas de las cuales eran ejercidas por la CSJN.

En esa última reforma, asimismo, los incisos del artículo de las atribuciones del Congreso de la Nación: los del n° 75 pasaron a ser treinta y dos; y los del Presidente de la Nación, n° 99, a veinte. Incluso fueron reconocidas al Jefe de Gabinete de Ministros trece atribuciones (artículo 100).

III. Funciones de la CSJN

Estas funciones fueron enumeradas por Oyhanarte²⁰ de la siguiente manera: ... aparte de sus facultades judiciales en sentido estricto que la habilitan para dirimir conflictos entre litigantes, posee otras cinco de extraordinaria relevancia: a) Practica la casación federal²¹. b) Ejerce el control final de constitucionalidad de los actos estatales. c) Tiene las atribuciones propias de un órgano, que es, ‘cabeza del Poder Judicial’ y que, por tanto, debe asumir su representación y el celoso resguardo de su independencia. d) Le es dado actuar en función pretoriana, esto es, en función de creación de normas. e) Cumple una tarea de salvación institucional, que [...] puede y ha sido ejecutada con éxito en situaciones de grave emergencia política²².

59

Las funciones enunciadas como a), b) y d), son conocidas, en mayor o en menor medida, y por esa razón no se justifica su tratamiento aquí. Sin embargo, los cometidos incluidos en los puntos c) y e) no son abordados con frecuencia.

La CSJN es cabeza de poder porque la Constitución Nacional, en sus diferentes versiones hasta la actualidad, le ha otorgado la calificación de suprema.

el entonces presidente de la CSJN, el juez Rodolfo G. Valenzuela —que, vale remarcar, formó parte la convención constituyente—, puso de relieve dichas reformas. Dicho discurso se encuentra publicado en Fallos: 228:5.

²⁰ Oyhanarte, Julio C., *Historia del Poder Judicial*, Buenos Aires, revista Todo es Historia, n° 61, Buenos Aires, 1972.

²¹ Bianchi, Alberto B., *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, Buenos Aires, La Ley 1997-B, 994. Este autor critica el uso del término “casación”.

²² Oyhanarte, Julio, “Hisotria...”, op. cit.

A título de ejemplo de la función de salvación institucional, Oyhanarte se refiere a la acordada que dictó la CSJN en 1930 frente al golpe militar que derrocó al gobierno democrático y al juramento que el tribunal tomó a José María Guido por medio de la aplicación de la ley de acefalía tras el derrocamiento de Arturo Frondizi²³.

Otra de las funciones que despliega, dada su condición de cabeza de poder y de encargada de que se brinde una adecuada administración de justicia, es la relativa a la superintendencia del Poder Judicial, cuyo objeto consiste en dictar medidas administrativas²⁴, reglamentar las obligaciones, deberes y derechos de los auxiliares de la justicia, reglamentar las leyes procesales que deban aplicarse en los juicios con excepción de aquellas que deban constitucionalmente ser reglamentadas por ley, y colaborar eventualmente en la sanción de nuevas leyes y modificación de las existentes²⁵.

Esta atribución no sólo se deriva de su carácter de suprema, sino que además tiene expresa recepción legal en las leyes 27 (artículo 11), 48 (artículo 18); 4055 (artículos 10 y 11); 13.998 (21); decreto-ley 1285/1958 (artículo 21)²⁶; y en la ley 24.937 (artículo 30). Sin embargo, la superintendencia sólo tuvo rango constitucional mientras rigió la Constitución Nacional sancionada en 1949.

Su superintendencia, según la CSJN, reviste carácter institucional y su ejercicio se encuentra justificado cuando los aspectos que motivan su intervención se relacionan con temas en los que puede estar comprometida la adecuada consideración y el decoro de la administración de justicia²⁷.

¿La CSJN sólo habla por sus sentencias? La regla general lleva a una respuesta negativa. Ello es así porque “si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás tribunales de la Nación no existiese la limitación derivada de la necesidad de un juicio [...] según el concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el Gobierno de la República, y podría llegar el caso de que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental”²⁸.

Empero, cuesta imaginar que todas esas variadas y trascendentes funciones sean desplegadas sólo en el marco de causas o controversias que son llevadas ante sus estrados; ciertamente, su cumplimiento requiere de un catálogo más amplio de

²³ Oyhanarte, Martín (h), *Corte Suprema y acefalía: El derrocamiento de Frondizi y la asunción de Guido*, Buenos Aires, El Derecho 256-848.

²⁴ Hockl, María C., y Duarte, David, *Competencias y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Legis Argentina, 2006, afirman que se trata de incumbencia materialmente administrativa.

²⁵ Villegas Basavilbaso, Florencio, *Superintendencia Judicial*, Buenos Aires, Tomo I-A-, Piatti, Buenos Aires, 1956.

²⁶ Así estaba previsto en el texto que rigió hasta la modificación introducida por la ley 26.853.

²⁷ Fallos: 312:840, “UCR”.

²⁸ Fallos: 156:318; 245:552 322:528; y causa N. 74. XLIV. ORI, “Neuquén, Provincia del c/ Chevrón Argentina S.R.L. s/ ordinario”, pronunciamiento del 18 de diciembre de 2012.

herramientas y actividades que, como contrapartida, deben observar otro tipo de límites.

En ese sentido, Bidart Campos opinaba que “en defensa de las prerrogativas que a la Corte le confiere el art. 99 de la constitución [artículo 116], dicho tribunal tiene también competencia para emitir pronunciamientos y decisiones al margen de lo que estrictamente puede considerarse ‘causa’ judicial”²⁹. Desde una perspectiva similar, Oyhanarte enumeró diversas excepciones a aquella regla³⁰.

Asimismo, Bielsa, en su teoría sobre el estado de necesidad como justificador de atribuciones de competencia a un estamento del poder, sostuvo que puede darse, válidamente, que un órgano ejerza una competencia que es más bien propia, en circunstancias normales, de otro y da el ejemplo de que el Poder Judicial, cuando dicta acordadas, puede hacerlo ante la inexistencia del Poder Legislativo³¹.

Como se verá más adelante, hay innumerables y trascendentes actos con contenido normativo que no fueron precedidos de la interposición de una demanda o recurso alguno.

IV. Fuentes que nutren la actividad normativa y reglamentaria³²

1. Las leyes

En nuestro ordenamiento legal pueden encontrarse diversas normas en las que se ha reconocido, explícitamente, atribuciones normativas o reglamentarias a la CSJN. Veamos algunos ejemplos.

El art. 11 de la ley 27 la faculta para sancionar su reglamento interno y el de los “Juzgados de Sección”, mientras que el art. 18 de la ley 48 establece que la CSJN “podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la Ley de Procedimientos”.

El art. 10 de la ley 4055 prevé que “ejercerá superintendencia sobre las Cámaras Federales, Jueces de Sección, Jueces Letrados de Territorios Nacionales y demás funcionarios de la Justicia Federal, debiendo dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia”.

La ley 23.853 contempla, en su art. 7º, que las “remuneraciones de magistrados,

²⁹ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 2000/2001, p. 319.

³⁰ Oyhanarte, Julio, “Historia...”, op. cit., p. 142.

³¹ Bielsa, Rafael, *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Roque Depalma, 1957, p. 81. Esa teoría ha sido invocada por Alfredo Palacios al ejercer la defensa del juez Sagarna ante el juicio político al que fue sometido en 1946/1947. Ver, Palacios, Alfredo L., *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado*, Buenos Aires, Jus, 1947, p. 48.

³² Aquí no se hará mención de las disposiciones constitucionales dado que fueron referidas anteriormente.

funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación serán establecidas por la Corte Suprema [...], debiendo velar por el equilibrio entre el uso eficiente de los recursos y el respeto a la dignidad del trabajador”.

Más cerca en el tiempo, la ley 25.488, modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, introdujo diversas innovaciones en los arts. 35, 118, 136, 138 y 148 de dicho código en el sentido indicado, pero sin dudas, el artículo más relevante de esa ley es el cuarto, que previó, en su parte final, que la Corte Suprema “queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de [la reforma introducida por dicha ley]”.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a su vez, contiene diversas atribuciones reglamentarias en cabeza de la CSJN (arts. 147, 152 y 242, 455 y 570).

Entre muchas otras disposiciones puede citarse: arts. 11, 12, 13, 15, 16, 21, 23, 48, 52, 53, 61 y 62 decreto-ley 1285/1958 (ratificado por la ley 14.467), 13 de la ley 23.473, 28 de la ley 24.307, 2 de la ley 26.685, 39 de la ley 26.85 y 19 de la ley 27.423.

2. Sus poderes implícitos³³

62

Esta herramienta que exhibe una importancia capital —a modo de fuente— en el ejercicio de las competencias normativas de la CSJN, aunque al encontrarnos en el campo del derecho público, el concepto de competencia juega un rol decisivo.

A decir de Linares, la competencia es “la capacidad o aptitud legal del Estado y sus entes y órganos, resultante de la referida imputación normativa, para ejecutar el ordenamiento jurídico con actos y hechos administrativos legítimos”³⁴.

Desde esa perspectiva, aquella cubre todo lo expresamente atribuido “más lo implícito en lo expreso”, esto es “todo lo comprendido —como especie— en los conceptos genéricos con que la ley dice algo expreso, así como también la especie e individuo comprendidos en el género pero determinados por operaciones de extensión y restricción interpretativas de la norma legal genérica”³⁵.

La Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que la competencia de las personas estatales se delimita de acuerdo con la “regla de la especialidad”, es decir, que les está permitido hacer lo no prohibido dentro de los fines de la institución³⁶. Según la doctrina de ese órgano, el principio de especialidad implica que “todo órgano cuenta no sólo con

³³ Para profundizar en ese tema puede consultarse el profundo trabajo de Aja Espil, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Buenos Aires, Tea, 1987.

³⁴ Linares, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 28/32.

³⁵ Ídem, pp. 34/35.

³⁶ Dictámenes: 191:105.

las potestades atribuidas de manera expresa por la ley, sino además con las facultades necesarias para cumplir satisfactoriamente su cometido, las cuales debe ser deducidas de modo racional y en términos sistemáticos o finalistas de las normas [pertinentes]³⁷.

En suma, es claro que la competencia debe “surgir de un mandato positivo de la Constitución, la ley o el reglamento en términos expresos o razonablemente implícitos. Los poderes implícitos son aquellos necesarios, según el marco normativo y las circunstancias del caso, para el ejercicio de las competencias expresas”³⁸.

Basta con cotejar cualquier acto de creación de una persona estatal para comprobar que allí se prevé la finalidad que persigue su ingreso al mundo institucional, las funciones que tiene asignadas y los medios de los cuales puede valerse para lograr su cumplimiento.

La práctica institucional enseña que la diversidad, complejidad y variabilidad que presentan los quehaceres estatales hace difícil que *ex ante* puedan preverse taxativamente todas y cada una de las herramientas de las cuales van a valerse las personas públicas para lograr sus cometidos encomendados constitucional y legalmente. Y es entonces, ante la certeza de que el órgano debe desplegar una conducta determinada para alcanzar alguno de aquellos objetivos pero ante la ausencia de una vía específica en esa misma norma, que debe hacer uso de ciertas potestades auxiliares, más conocidas como poderes implícitos.

Expresado con otras palabras, Fayt los define como “facultades que, sin estar enumeradas en la Constitución, se encuentran incluidas como propias de los órganos encargados del cumplimiento de las funciones estatales”. Estas facultades están imbricadas a las explícitas, para la plena y efectiva realización de los fines que deben cumplir los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial³⁹. Dinamizan, asimismo, el ejercicio de los poderes expresamente atribuidos por la Constitución. De no reconocerse poderes implícitos, los poderes que aquélla otorga sólo formarían parte de un cerrado catálogo, el que sería desbordado por la realidad al poco tiempo⁴⁰.

También se ha dicho, en ese mismo sentido, que la actuación del órgano está completamente condicionada según se reconozcan poderes implícitos —o no— pues “si no se reconocen, ésta queda circunscripta a lo que las normas de atribución de competencia expresamente le indiquen. Si son reconocidos en cambio, las posibilidades de obrar son mucho más amplias y elásticas”⁴¹.

³⁷ Dictámenes: 299:34.

³⁸ Balbín, Carlos F., ob. cit., Tomo 3, p. 49.

³⁹ Fayt, Carlos S., *Los Poderes Implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 1.

⁴⁰ Hirschmann, Pablo G., *Los poderes implícitos del gobierno federal*, Buenos Aires, Cinco ensayos sobre derecho Constitucional, Premio Coca-Cola en las Artes y las Ciencias, 1986, 1987, p. 11.

⁴¹ Bianchi, Alberto B., *Algunas notas sobre los poderes implícitos del gobierno*, Buenos Aires, El Derecho Constitucional, Volumen: 2000/2001, p. 398.

Como se vio al comienzo de este artículo, bastan los dedos de una mano para enumerar los poderes que los constituyentes asignaron a la CSJN. La diferencia con los otros poderes es abismal, en términos cuantitativos.

¿La CSJN debe entonces limitarse a dirimir conflictos entre litigantes, nombrar a su personal y dictar su reglamento interior? No, claro que no debe.

Podría pensarse que es “tema resuelto”: el órgano tiene que lograr su objetivo ‘A’ y para ello necesita ejercitar una acción que se denomina ‘B’, pero que no está en la norma que le atribuye las competencias para alcanzar ‘A’, entonces, podrá abrir la “caja” de sus poderes implícitos y ejecutar ‘B’. La respuesta también es negativa.

¿Qué son entonces los poderes implícitos? ¿Cuál es esa complejidad que los rodea? La doctrina y la jurisprudencia de la propia CSJN ayudarán a aproximar una respuesta a esos interrogantes.

Aja Espil plantea que toda facultad conferida expresamente por la Constitución Nacional a uno de los tres poderes lleva consigo una facultad implícita que comprende un medio idóneo de hacerla efectiva. Y si los poderes implícitos son ese medio, surge el interrogante de cuál es el margen de discrecionalidad con que deberán ejercerse. La regla jurisprudencial de la razonabilidad es la que determinará si existe “relación constitucional” entre el poder expreso y el poder implícito que hace eficaz aquél⁴².

64

Con todo, los poderes implícitos configuran una herramienta que permite dar perdurabilidad y adaptabilidad a la Constitución Nacional, pero —siempre concebidos a la luz de la regla de la especialidad— tienen sus límites: 1) respetar los derechos y garantías individuales reconocidos y establecidos en aquella; 2) armonizarse con las atribuciones de los otros órganos de gobierno para asegurar su división, equilibrio y recíproco control; y 3) observar la distribución de facultades entre el gobierno federal y las provincias⁴³.

Es indudable, entonces, que la CSJN, al ser la representación más alta del Poder Judicial tiene facultades o privilegios inherentes a todo poder público para su existencia y conservación, recursos propios para mantener y hacer práctica su autoridad, y toda la independencia necesaria para su organización interna⁴⁴. Ese rol de cabeza de poder, asignado constitucionalmente, la autoriza implícitamente a usar los medios de acción para poner en ejercicio todos los poderes que sean necesarios para cumplir con el fin previsto por la Constitución⁴⁵.

Su puesta en práctica ha sido delineada en una conocida línea de precedentes⁴⁶

⁴² Aja Espil, Jorge A., “Constitución...”, op. cit., pp. 24/25.

⁴³ Hirschmann, Pablo G., “Los Poderes...”, op. cit., p. 24.

⁴⁴ González, Joaquín V, *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, actualizado por Quiroga Lavié, Humberto, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 555.

⁴⁵ Fayt, Carlos S., “Los Poderes...” op. cit., p. 6.

⁴⁶ Fallos: 19:231 (“Lino de la Torre”); 248:938 (“Bianchi”); 297:339 (“Pérez de Smith”); 307:2174

y de acordadas⁴⁷ para salvaguardar “el Poder Judicial y preservar las prerrogativas judiciales, la efectividad de sus decisiones y la validez y vigencia de los títulos de los jueces”⁴⁸, es decir, es una doctrina cuyo fin consiste en, ante la ausencia de una previsión normativa explícita, habilitar la intervención para garantizar la plena y efectiva realización de los fines que la Constitución le asigna en tanto poder del Estado.

Ciertamente, aquellos vocablos forman parte de los llamados conceptos jurídicos indeterminados⁴⁹ cuya precisión será efectuada, con un cierto margen de discrecionalidad, por el intérprete, en este caso, la CSJN.

Una primera aproximación sugiere que los poderes implícitos sólo pueden ser ejercidos ante un “caso”, en los términos en que es definido por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional. Esa lectura es correcta en la medida en que la CSJN esté llamada a intervenir en su función jurisdiccional⁵⁰.

Empero, como se explicó, diversas acordadas y pronunciamientos de gran trascendencia institucional encontraron entre sus fundamentos la expresa mención de que no se requiere el cumplimiento de los requisitos estatuidos por aquellas disposiciones constitucionales, pues en ese tipo de intervenciones la CSJN no actúa como órgano judicial “sino como cabeza de una rama de gobierno, en salvaguarda de su configuración arquitectónica constitucional”⁵¹.

Y es, en definitiva, la CSJN, la jueza constitucional de sus poderes implícitos, en función de que “no hay otro poder por encima del de [la] Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí”⁵². Ello es así, porque la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución Nacional⁵³.

Estas facultades no enumeradas fueron utilizadas en épocas de marcada excepcionalidad en las que la CSJN ha cumplido roles muy destacados a punto tal de que

(“Bonorino Perú”); 319:371 (“Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina”); 313:863 (“Dromi”); 320:2851 (“Rodríguez”); 328:566 (“Itzcovich”), 335:2644 (“Torres”), entre muchos otros.

⁴⁷ A modo de ejemplo puede citarse la resolución del 14 de marzo de 1903, las acordadas del 2 de abril de 1945 (Fallos: 201:239), y n°s 3/1968 (Fallos: 270:85), 4/1984 (Fallos: 306:8), 42/1991 (Fallos: 314:948); 45/1995 (Fallos: 318:1772), 20/1996 (Fallos: 319:24), 60/1996 (Fallos: 319:2078), 1/2000 (Fallos: 323:187), 4/2000 (Fallos: 323:1293), 36 y 41/2004.

⁴⁸ Fayt, Carlos S., “Los poderes...”, op. cit., p. 87.

⁴⁹ Quien desee ilustrarse en este tópico puede acudir al trabajo de Grecco, Carlos M., *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley 1980-D, 1306.

⁵⁰ Así lo reconoció, expresamente, en el precedente de Fallos: 320:2851 (“Rodríguez, Jorge”).

⁵¹ Fayt, Carlos S., ob. cit. p. 86.

⁵² Fallos: 323:1293, “Peláez”.

⁵³ Fayt, Carlos S., ídem, p. 42.

logró torcer los caminos de quienes atacaban el gobierno legítimamente constituido⁵⁴.

En dichas facultades puede encontrarse la sustancia esencialmente política que ejerce aquella en la búsqueda del equilibrio entre los restantes poderes del Estado, o cuando éste se altera por desborde de sus titulares o por situaciones sociales y económicas que rompen las normas de convivencia⁵⁵.

3. Su propia jurisprudencia

Es sabido que en nuestro país el ejercicio del control de constitucionalidad produce, como regla, efectos entre las partes que formaron parte del pleito en el cual se ejerció ese control, de manera que puede afirmarse –también como principio– que no podría desplegarse actividad materialmente normativa por medio de un pronunciamiento de la CSJN, que, vale recordar, exhibe naturaleza jurisdiccional. Como toda regla, admite excepciones.

La creación pretoriana de derecho es una práctica que la CSJN ha llevado a cabo a lo largo de su larga historia en el ejercicio de sus variadas funciones. Diversos pronunciamientos⁵⁶ tuvieron luego su recepción normativa o bien mediante ellos se establecieron reglas generales de derecho. Veamos algunos casos:

- En el precedente “Itzcovich”⁵⁷ declaró la inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 24.463 en cuanto preveía que las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social serían apelables ante la Corte Suprema por vía del recurso ordinario, cualquiera fuese el monto del pleitom y se explicó qué sucedería con las causas en trámite⁵⁸. Es tan notorio el carácter normativo de esta decisión que se ordenó su publicación en el BORA⁵⁹.
- En la causa “Mendoza”, entre las numerosas decisiones que tomó en el marco de ese expediente, atribuyó “competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes para conocer en todas las cuestiones concernientes a la ejecución de este pronunciamiento y en la revisión de las decisiones finales

66

⁵⁴ Onaindía, José Miguel, *La Corte Suprema Argentina. Luces y sombras*, Buenos Aires, El Ateneo, Buenos Aires, 2016, p. 82.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Fallos: 239:459, “Siri”, 241:291, “Kot”, 308:226 “Sejean”, 308:490, “Strada”, 329:759, “Barreto”, 332:111, “Halabi”, y 338:724 “Anadón”, entre tantos otros.

⁵⁷ Fallos: 328:566.

⁵⁸ Dicha norma sería derogada al cabo de unos pocos días mediante la ley 26.025. Si bien el proyecto de ley había sido presentado en forma anterior al dictado de ese pronunciamiento (ver expediente n° 4100-D-3 de la Cámara de Diputados de la Nación), en ocasión de discutir la reforma en la cámara alta, se hizo expresa mención del pronunciamiento recaído en la causa “Itzcovich”; exposiciones de la senadora Negre de Alonso y del senador Pichetto (Cámara de Senadores de la Nación, 7° reunión, 4° sesión ordinaria, 6 de abril de 2005, p. 15/16).

⁵⁹ BORA del 30 de marzo de 2005.

tomadas por la Autoridad de Cuenca”⁶⁰. En ese mismo pronunciamiento, además, “y a fin de poner en claro las reglas procesales” declinó “la intervención de toda otra sede, de manera que las decisiones finales que tomare el magistrado cuya intervención se ha ordenado serán consideradas como dictadas por el superior tribunal de la causa”. Ante ciertos conflictos que suscitó la aplicación de ese régimen, dictó dos pronunciamientos en el marco de esa causa en los que precisó el “recto alcance de las reglas establecidas”⁶¹ y escindió las competencias asignadas originalmente al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 12 y el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 2 de Morón⁶². Existen también otros casos en los cuales la CSJN dictó acordadas con contenido normativo con apoyo en alguno de sus precedentes jurisprudenciales.

- Tras fallar en la causa “Rosza”⁶³, en la acordada n° 16/2007⁶⁴, con expresa mención ese fallo, reglamentó aspectos relativos a las subrogancias de jueces y juezas.
- En la acordada n° 10/2008, expresamente reconoció que en la acordada n° 16/2007⁶⁵ y en otras acordadas complementarias había establecido “reglas generales con respecto a los diversos lapsos de vigencia de las subrogaciones que venían cumpliendo abogados y funcionarios judiciales”.
- En esta misma materia se involucró luego del dictado del precedente “Uriarte”⁶⁶, mediante la acordada n° 3/2016.
- En el precedente “Pedraza”⁶⁷, declaró la inconstitucionalidad del artículo 18 de la ley 24.463 en cuanto instituyó a la Cámara Federal de la Seguridad Social como tribunal de alzada —en causas previsionales— de los juzgados federales con asiento en las provincias y dispuso, con los alcances allí indicados (ver considerando n° 18), que ese rol sería ocupado por “las cámaras federales que sean tribunal de alzada, en causas que no sean de naturaleza penal, de los juzgados de distritos competentes”. En el mismo acuerdo en el que se registró ese precedente —6 de mayo de 2014—, mediante la acordada n° 14, exhortó a los restantes poderes del Estado, al Ministerio Público Fiscal, al Consejo y a la Cámara Federal de la Seguridad Social a fin de que extremaran los medios

⁶⁰ Fallos: 331:1622.

⁶¹ Fallos: 332:2522.

⁶² Pronunciamiento del 19 de diciembre de 2012.

⁶³ Fallos: 330:2361.

⁶⁴ Dictada el 17 de julio de 2007, Fallos: 330:4276.

⁶⁵ Fallos: 330:4276.

⁶⁶ Fallos: 338:1216.

⁶⁷ Fallos: 337:530.

necesarios para dar solución al problema a la situación de colapso por la que atravesaba aquel fuero. Esas últimas disposiciones, más allá de que han sido dictadas en un contexto de excepcionalidad, constituyen normas con cierta vocación de permanencia al menos mientras dicho contexto siga en pie⁶⁸.

- En materia de procesos colectivos, luego de las consideraciones formuladas en la causas “Halabi”⁶⁹ y “Consumidores Financieros Asociación Civil”⁷⁰, entre otras, en el caso “Municipalidad de Berazategui”⁷¹, estimó necesaria “la creación de un Registro de Acciones Colectivas”. Mediante la acordada n° 32/2014 se dio luz al “Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación” y se aprobó su reglamentación. En sus considerandos puede verse la invocación aquellos precedentes y de las normas que le atribuyen competencia reglamentaria en materia procesal. A su turno, en la acordada n° 12/2016, se instauró el “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”. Este acto exhibe un claro carácter normativo —y no reglamentario, a diferencia de su antecesora—, toda vez que allí se expresó que resultaba “indispensable fijar reglas orientadas a ordenar la tramitación de este tipo de procesos a fin de evitar circunstancias que pueden conllevar a situaciones de gravedad institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule su procedimiento”. Ambas acordadas fueron publicadas en el BORA.

68

V. Clasificación de los actos normativos ¿Es acaso posible?

1. Una primera delimitación

Es sabido que las clasificaciones son “serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables”⁷².

Desde ese punto de partida, en primer lugar puede verse que la CSJN dicta dos

⁶⁸ Según Gozaíni, esa acordada “constituye una suerte de obiter dictum de la sentencia procesal que resuelve en ‘Pedraza’ un conflicto de competencia” que sirvió “para reglamentar con ella un conjunto de medidas apropiadas para que se realice de manera ordenada y rápida el desplazamiento de la competencia que se dispone”. Gozaíni, Osvaldo A., *El caso Pedraza y la Acordada 14/2014 referente a la competencia de la justicia de la Seguridad Social*, Buenos Aires, La Ley, Sup. Const. 2014 (julio), 16/07/2014, 54 – La Ley, 2014-D, 192.

⁶⁹ Fallos: 332:111.

⁷⁰ Fallos: 337:753 y 762.

⁷¹ Fallos: 337:1024.

⁷² Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 4° ed. corregida y aumentada, 1994, p.99.

tipos de decisiones: (i) acordadas y (ii) resoluciones⁷³.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del Poder Ejecutivo⁷⁴, no se cuenta con una norma regulatoria en esta materia. Se trata de una práctica consuetudinaria: no hay formalidades preestablecidas a seguir al dictar una acordada o una resolución.

De cualquier manera, esa distinción meramente terminológica no parece tener una influencia determinante en la cuestión; la actividad normativa puede ser ejercida tanto por una acordada como por una resolución, siempre, claro está, en la medida en que sea suscripta por la mayoría de los integrantes del Tribunal, dado su carácter colegiado. Y aunque su titular cuenta con ciertas atribuciones normativas (artículos 78, 81, 84 y 86 del RJN), como se verá, las disposiciones de ese carácter suelen ser suscriptas por el Tribunal en pleno⁷⁵.

Con esas salvedades, las acordadas pueden ser definidas como actos de naturaleza administrativa —normativos o no normativos— que sus integrantes suscriben, previa deliberación, en el acuerdo. Esa secuencia de deliberación y acuerdo puede verse en el primer párrafo de la primera acordada dictada por la CSJN⁷⁶. Una acordada, según Sánchez Viamonte, es “un acto legislativo secundario, de contenido administrativo o financiero, y no un acto judicial propiamente dicho”⁷⁷.

La tradición muestra que aquellas suelen tener por objeto decisiones de carácter normativo o bien actos de alcance individual de cierta trascendencia como, por ejemplo, el nombramiento de la persona que estará a cargo de una de sus secretarías⁷⁸ o la designación de las autoridades que prestarán funciones durante las ferias judiciales⁷⁹.

Las resoluciones, en cambio, tratan asuntos de menor relevancia o tienen lugar a raíz de presentaciones específicas.

⁷³ También existen las resoluciones de presidencia y de administración, y en algunas ocasiones excepcionales emite comunicados, notas, etc.

⁷⁴ Puede citarse, entre otras normas, el decreto-ley 19.549/1972 y los decretos n°s 333/1985 y 336/2017.

⁷⁵ La acordada n° 66, del 3 de diciembre de 1991 (Fallos: 314:80), en la que se dejó sin efecto la acordada n° 4, del 12 de febrero de ese mismo año (Fallos: 314:7), es elocuente en cuanto a que “numerosas cuestiones allí previstas, por su gravedad o repercusión, requieren de la intervención del Tribunal en pleno, mientras que otras —también señaladas en la acordada citada— pueden y deben ser resueltas con la sola intervención del señor Presidente”. En una ocasión, el resto de los miembros de la CSJN, por vía de acordada, “aprobó” un convenio suscripto por el presidente y el ministro de justicia (acordada n° 20, del 6 de julio de 1982, Fallos: 304:27).

⁷⁶ Fallos: 1:7.

⁷⁷ Sánchez Viamonte, Carlos, *El constitucionalismo: sus problemas*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 624.

⁷⁸ Acordada n° 14/2016.

⁷⁹ Acordada n° 19/2016.

2. Importar la clasificación clásica del derecho administrativo

Hoy en día se admite la validez de cuatro tipos de reglamentos: de ejecución; delegados y de necesidad y urgencia; y que la nota decisiva para clasificarlos está dada por su relación con la Constitución Nacional y las leyes⁸⁰, que, necesariamente, en todos los casos deben servirles de fuente.

Esa clasificación, además de estar expresamente prevista normativamente, facilita el examen de la validez de esta clase de actos. Justamente, el sentido del traspaso de esta regla al ámbito de la CSJN —por analogía⁸¹— puede aportar algo de claridad. Y si tenemos claro qué es lo que está decidiendo la CSJN, con base en qué fuentes y qué límites debe observar, aquel juicio valorativo, al menos en lo instrumental, no será tan complejo.

2.1 Reglamentos autónomos

Este tipo de reglamento es el que menos controversias suscita. Es la CSJN, sin perjuicio de las facultades correspondientes a los tribunales inferiores y al Consejo, en su condición de suprema y de cabeza de poder, la encargada de reglamentar sus internas y las relativas al funcionamiento del Poder Judicial. Con esa concepción, ha dictado innumerables normas que pueden incluirse dentro de esta categoría. Los ejemplos más típicos suelen darse con relación a su organización interna (creación y supresión de secretarías; distribución de trabajo y de personal; creación y supresión de oficinas; publicación de sentencias, etc.).

El acto insignia de esta especie es el reglamento interior de la CSJN previsto en la acordada del 11 de octubre 1863, que fue citado al comienzo de este artículo y para el que la Constitución Nacional, expresamente, le otorgó competencia.

Aquí también se ubica al conocido Reglamento para la Justicia Nacional (RJN), a raíz de que si bien contiene algunas previsiones típicamente reglamentarias “de ejecución” que proyectan sus efectos sobre el ejercicio de la función jurisdiccional de los tribunales, en él predomina el tratamiento de cuestiones autónomas.

El antecedente de ese reglamento está dado por la acordada del 3 de marzo de 1948⁸², ocasión en la cual, la CSJN, tras advertir que “desde la instalación del Tribunal ha dictado numerosas acordadas reglamentarias cuyo conocimiento y aplicación no es fácil en la actualidad, tanto por la dificultad material de su consulta como por la circunstancia de que con el transcurso del tiempo, muchas de ellas han caído en desuso y otras **no**

⁸⁰ Barra, Rodolfo C., *Reglamentos administrativos*, Buenos Aires, La Ley 1999-F, 1034.

⁸¹ Las diferencias de atribuciones constitucionales indicadas imposibilitan la importación referida sin ningún tipo de adaptación.

⁸² Fallos: 210:197.

responden a las necesidades presentes de la administración de justicia”, consideró que era “menester modernizar esa reglamentación y facilitar el acceso a la misma mediante la reunión en un solo cuerpo de las disposiciones pertinentes, no obstante la diversidad de las mismas debido al **carácter principalmente complementario de la legislación vigente que, por lo general, revisten las acordadas del Tribunal**” (el resaltado no forma parte del texto original). Sobre la base de esas consideraciones, aprobó el “Reglamento para la Justicia Federal y Letrada de los Territorios Nacionales”.

En la acordada dictada el 17 de diciembre de 1952⁸³ nació el conocido RJN, que reemplazó al reglamento referido en el párrafo anterior, que ha sido reformado en innumerables ocasiones. Entre muchas otras acordadas de igual condición, puede citarse:

- Acordada del 6 de junio de 1938⁸⁴, titulada “Autenticación de las sentencias de la Corte Suprema”.
- Acordada del 8 de agosto de 1938⁸⁵, cuyo título reza “Citas de Fallos de la Corte Suprema en las sentencias y dictámenes de los magistrados de la jurisdicción federal”.
- Acordadas n°s 53/1973⁸⁶ y 58/1990⁸⁷, mediante las cuales se establecieron modificaciones a las ferias judiciales, originalmente contempladas en el artículo 2° del RJN.
- Acordada n° 1/2004⁸⁸, relativa a la publicación de información en su sitio web.
- Acordadas n°s 2/2004⁸⁹ (inclusión de datos en las sentencias de la CSJN) y 3/2004⁹⁰ (mediante la cual se aprobó el “reglamento de acreditación de periodistas”).
- Acordada n° 17/2006⁹¹, en la que se creó el Centro de Información Judicial (CIJ).
- Acordada n° 39/2006⁹², mediante la cual se instauró la “Oficina de Violencia Doméstica” y se fijaron sus funciones. El reglamento de esa oficina fue aprobado en la acordada n° 40/2006⁹³.
- Acordada n° 36/2009, oportunidad en la que se estableció la Unidad de Análisis Económico y se establecieron sus funciones.

71

⁸³ Fallos: 224:575.

⁸⁴ Fallos: 183:6.

⁸⁵ Fallos: 183:7.

⁸⁶ Fallos: 286:34.

⁸⁷ Fallos: 312:766.

⁸⁸ Fallos: 327:1351.

⁸⁹ Fallos: 327:1353.

⁹⁰ Fallos: 327:1355.

⁹¹ Fallos: 329:2957.

⁹² Fallos: 329:6097.

⁹³ Fallos: 329:6099.

2.2. Reglamentos de “de ejecución” o “reglamentarios”

Aquí tampoco parece haber mayores problemas de encuadramiento. La reglamentación no sólo es dictada por la CSJN en el ejercicio de su rol de cabeza de poder, sino que también encuentra su apoyo en mandatos legales expuestos, algunos de los cuales ya han sido reproducidos.

Uno de los límites a la potestad reglamentaria está dado por el artículo 18 de la ley 48, en tanto condiciona la validez de las reglamentaciones a que “no sean repugnantes a las prescripciones de la Ley de Procedimientos”. La analogía con el artículo 99, inciso 2º, *in fine*, de la Constitución Nacional, más allá de la clara diferencia en su rango jerárquico, es evidente. Las demás fronteras se encuentran en las previsiones de la Constitución Nacional y del resto del ordenamiento jurídico que encomiendan competencias expresas a los restantes poderes.

Al igual que en el ámbito del Poder Ejecutivo, la potestad reglamentaria es ejercida por el máximo órgano del departamento judicial, esto es, la CSJN, a menos que, exista una delegación expresa por parte de esta o bien el reconocimiento de una atribución específica, como por ejemplo las contenidas en el artículo 22 de la ley 4055.

Montes de Oca, al examinar el artículo 99 de la Constitución Nacional según el texto de 1853/60, hacía mención de las “facultades legislativas y ejecutivas” de la CSN en el sentido de que:

... la separación de los poderes no es completa y cada uno tiene atribuciones propias de los otros dos, aún tratándose del poder judicial. La Corte Suprema puede dictar reglamentos de observancia constante en todos los tribunales, reglamentos que, estrictamente, serían competencia del congreso, habilitado para dictar las leyes, para poner en ejercicio las atribuciones conferidas por la constitución a todos los departamentos del Estado. Pero, como es la Corte Suprema la que está en mejor situación de conocer los detalles íntimos de la administración judicial; como es ella la que debe saber con más precisión cuáles son las necesidades para el movimiento administrativo de los tribunales, se le acuerda el privilegio de dictar sus reglamentos, obedeciendo a consideraciones análogas a las que se habían tenido en cuenta para dejar a cada cámara del Congreso la prerrogativa de dictar su reglamento especial⁹⁴.

Seguidamente se darán algunos ejemplos de acordadas de este tipo. Ya ha sido citado al principio de este trabajo el “Reglamento para los juzgados seccionales”⁹⁵,

⁹⁴ Montes de Oca, Manuel Augusto, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, la Buenos Aires, 1917, p. 416. Esa opinión fue invocada por la Corte Suprema en la acordada n° 47, del 13 de noviembre de 1986 (Fallos: 308:1519).

⁹⁵ Fallos: 1:12.

que indubitablemente debe ser incluido dentro de esta categoría.

- Acordada del 29 de noviembre de 1919⁹⁶, titulada “Acordada dictada por la Corte Suprema de la Nación reglamentando la ley número 10.996 sobre el ejercicio de la procuración”. Cabe retener que el artículo 19 de esa ley establecía que “La Suprema Corte de Justicia Nacional reglamentará la forma en que ha de llevarse el registro de procuradores [...]”. Esta acordada, a su vez, fue modificada por las acordadas del 17 de junio de 1960⁹⁷ y n°43, del 26 de junio de 1973⁹⁸.
- Acordada n° 51/1973⁹⁹, mediante la cual se reglamentó el modo en que la CSJN tramita las causas de su competencia originaria, modificada, a su vez, por la acordada 45, del 5 de julio de 1984¹⁰⁰.
- Acordada n° 50, del 2 de diciembre de 1986¹⁰², reglamentaria del artículo 282 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dicha acordada fue actualizada por la n° 5, del 22 de marzo de 2010.
- Acordada n° 28/2004¹⁰³, en la que se autorizó “la intervención de Amigos del Tribunal, con arreglo al reglamento” anexo a esa resolución y se dispuso su publicación en el BORA¹⁰⁴. Dicho régimen¹⁰⁵ fue complementado y modificado, respectivamente, mediante las acordadas n°s 14, del 3 de mayo de 2006¹⁰⁶, y 7, del 23 de abril de 2013.
- Acordada 4/2007¹⁰⁷, por medio del cual se aprobó el reglamento “reglamento sobre los escritos de interposición del recurso extraordinario y del recurso de queja por denegación de aquél”¹⁰⁸.

⁹⁶ Fallos: 131:5.

⁹⁷ Fallos: 247:6.

⁹⁸ Fallos: 286:14.

⁹⁹ Fallos: 286:32.

¹⁰⁰ Fallos: 306:41.

¹⁰¹ El precedente dictado en la causa A. 208. XLVIII. OR. “*Administración de Parques Nacionales del Neuquén, Provincia del y otros s/ ordinario*”, pronunciamiento del 10 de diciembre de 2013 constituye un interesante antecedente de la aplicación de este régimen.

¹⁰² Fallos: 308:1523.

¹⁰³ Fallos: 327:2997.

¹⁰⁴ Los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez suscribieron en disidencia por entender que la Corte Suprema “carece de atribuciones para regular la intervención procesal del Amigo del Tribunal”.

¹⁰⁵ En el precedente de Fallos: 329:4590, (“*Juplast*”), delimitó su alcance al rechazar diversas solicitudes de intervención en razón de que consideró que los peticionarios tenían un interés directo en que la causa sea resuelta en un determinado sentido.

¹⁰⁶ Fallos: 329:2955.

¹⁰⁷ Fallos: 330:1315. La CSJN rechazó diversos planteos de inconstitucionalidad formulados contra esa acordada (causa CSJ 578/2007 (43-D), “*Defensoría Pública de Menores n° 4 c/ Molinari, Pedro Carlos y otro s/ recusación con causa*”, sentencia del 1° de abril de 2008; y Fallos: 331:2561, “*AFIP*”).

¹⁰⁸ La acordada n° 38, del 29 de diciembre de 2011 incorporó como requisito para la admisibilidad de los recursos de queja que éstos sean presentados en a4, formato oficial de la CSJN desde ese entonces.

- Acordada n° 30/2007. Allí se previó la posibilidad de que la CSJN convoque a audiencias públicas. Su utilización fue fundamental para el esclarecimiento de asuntos de una altísima trascendencia institucional como, por ejemplo, los debatidos en las causas “Grupo Clarín”¹⁰⁹ y “Mendoza”¹¹⁰.
- Acordadas n°s 31/2011, 3 y 29/2012, y 38/2013, donde, en uso de las atribuciones conferidas en el artículo 2° de la ley 26.685 reglamentó lo atinente a la implementación del sistema de notificaciones electrónicas¹¹¹.
- Acordadas n°s 33 y 38/2016¹¹², en la que reguló la implementación del expediente judicial electrónico para la tramitación en todo el país de los acuerdos transaccionales entre los titulares de los beneficios previsionales comprendidos en la ley 27.260 y la Administración Nacional de la Seguridad Social.
- Acordadas n°s 44 y 45/2016¹¹³, reglamentarias de los montos previstos en los artículos 286 y 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En los considerandos de ambas resoluciones —en los dos casos se dispuso su publicación en el BORA— pueden verse los antecedentes anteriores. Esos montos, a su vez, fueron actualizados por las acordadas n°s 42 y 43/2018, y 40 y 41/2019.
- Acordada n° 4/2017¹¹⁴, mediante la cual, en su actual integración, con apoyo en, entre otras razones, el contexto de la ley 26.685, en ejercicio de sus competencias propias como cabeza de poder del Estado en los términos del artículo 108 de la Ley Suprema, con cita de la acordada n° 4/2000 y en que “el dictado de sentencias, acordadas y resoluciones resulta un acto propio del Poder Judicial, en tanto el Tribunal tiene las facultades de dictar su reglamento interior (art. 113 de la Constitución Nacional)”¹¹⁵, dispuso que

74

¹⁰⁹ Fallos: 336:1774.

¹¹⁰ En el último de los diversos e importantes pronunciamientos dictados en esta causa (CSJ 1569/2004 (40-M)/CS2, sentencia del 27 de diciembre de 2016), se hizo hincapié en las declaraciones efectuadas en la audiencia que había sido celebrada el 30 de noviembre de ese mismo año.

¹¹¹ En el precedente de Fallos: 339:1804 (“*Erskis*”), se planteó la inconstitucionalidad de las acordadas n°s 31/2011 y 38/2013, y si bien la mayoría consideró que el recurso extraordinario cuya denegación había motivado la presentación directa ante la CSJN era inadmisibles mediante la invocación de la fórmula prevista en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la jueza Highton de Nolasco y el juez Lorenzetti pese a que también propiciaron esa conclusión, remarcaron, en un voto concurrente, la vigencia y validez de las facultades reglamentarias del Alto Tribunal. Ver, también, sobre la validez de las facultades ejercidas en la primera de las aludidas acordadas, el precedente “*Ortega*” (Fallos: 339:1302).

¹¹² Fallos: 339:996 y 1003.

¹¹³ Fallos: 339: 1021 y 1022.

¹¹⁴ Fallos: 340:959.

¹¹⁵ Según se ha venido comentando, esa fórmula podría ser considerada un tanto imprecisa y contradictoria.

el “Libro de Entrada de Causas Judiciales” al que refiere el artículo 136 del RJN sería sustituido por el “Registro de Información en el Sistema de Gestión Judicial”. Asimismo, se ordenó la publicación de esa norma en el BORA.

- Acordada n° 13/2018. Allí ejerció el poder reglamentario conferido por la ley 27.423 en materia de honorarios profesionales de abogados y fijó el valor de la “Unidad de Medida Arancelaria”. Posteriormente, en la acordada n° 27/2018, ante “las consideraciones formuladas por el presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, elevó el valor de aquella unidad.

2.3. Reglamentos “delegados”

El traspaso de esta categoría resulta un tanto más complejo que el de las dos anteriores. Una primera lectura del artículo 76 de la Constitución Nacional en versión meramente literal lleva a las siguientes conclusiones: (i) el principio general es que la delegación está prohibida y que opera a modo de excepción; (ii) sólo puede delegarse atribuciones legislativas en el Poder Ejecutivo y en determinadas materias de administración; (iii) la transferencia de competencias es temporal y determinada, pues debe contener un plazo y bases para su ejercicio.

Sin embargo, es sabido que existen varias disposiciones legislativas, anteriores y posteriores a la inclusión de aquella cláusula constitucional, en las que el Congreso de la Nación delegó facultades propias en la CSJN. Y es aún más llamativo, el hecho de que esas delegaciones —algunas de ellas siguen vigentes— pueden tener encuadramiento en lo que se denomina delegación propia o total, en los términos definidos en el conocido precedente “Delfino”¹¹⁶.

Cabe aclarar que la atribución de una competencia específica reglamentaria de tipo ejecutiva (como es el caso de las previsiones de las leyes 48, 4055 y 25.488), no configura un supuesto de delegación legislativa, sin perjuicio de lo cual pueda concluirse, en casos concretos, que bajo tal habilitación se dicten actos cuyo objeto exceda esa competencia e invada materias reservadas al legislador¹¹⁷. Veamos algunos ejemplos concretos.

Por medio del artículo 3° de la ley 23.199, la CSJN fue facultada para fijar la remuneración total de sus miembros y para establecer una compensación funcional para magistrados y funcionarios del Poder Judicial. Esta norma fue el primer paso hacia la ansiada autarquía judicial, que sería alcanzada unos años más tarde mediante el dictado de la ley 23.853.

Pero es interesante recordar que en forma previa al dictado de aquella ley, el

¹¹⁶ Fallos: 148:430.

¹¹⁷ Ídem. Los autores sugieren que en algunas de las acordadas de esa especie “*han implicado una regulación al derecho de la tutela judicial efectiva sin haber existido habilitación legislativa previa*”.

Poder Ejecutivo había remitido al Congreso de la Nación un proyecto de ley cuyo objeto consistía en aumentar el margen de independencia del Poder Judicial y para ello proponía delegar en la CSJN “la facultad de fijar sus propias remuneraciones y las de los demás jueces, así como las de los agentes que se desempeña[ban] en dicho poder”¹¹⁸. Asimismo, dejó asentado que “la delegación que se propicia tiene carácter temporario y se funda en la necesidad de corregir de modo frecuente el monto de las remuneraciones para compensar en la medida de lo posible la depreciación de la moneda”.

El debate en la cámara alta exhibe posiciones dignas de ser reproducidas, como la del senador Berhongaray, que expresó que “nadie duda de que es facultad del Congreso determinar la remuneración de todos los agentes del Estado a través de la Ley de Presupuesto; están incluidos también los agentes del Poder Judicial. Pero creemos que avanzamos en esta idea tendiente a la independencia de dicho Poder efectuando esta delegación transitoria —porque rige hasta el presupuesto de 1986—”¹¹⁹. Desde ese punto de vista, añadió que “si es la Corte la que deberá fijar los sueldos, si en ella hemos depositado, en última instancia, la seguridad, los honores y las honras de todos los bienes de todos los hombres de nuestro país, confiemos en ella porque sabe hacer justicia social y siempre hace justicia”¹²⁰.

El senador De la Rúa, a su turno, afirmó que no se vulnera “el precepto constitucional por la delegación, ya que ésta es transitoria [...] No somos partidarios de delegar las facultades del Congreso, pero esta causa está justificada por la naturaleza de la retribución a que se refiere, por lo transitorio de la norma y por lo imprescindible del ajuste”¹²¹.

En la acordada n° 38/1985¹²², expresamente, tras catalogar de “delegada” a la atribución conferida por el artículo 3° de la ley 23.199, fijó las remuneraciones de los ministros y estableció una “compensación funcional” para magistrados y funcionarios. Y mediante la acordada n° 43/1985¹²³ extendió esa compensación a los magistrados y funcionarios jubilados y pensionados. Los alcances de esta acordada, a su vez, fueron precisados por la acordada n° 50/1985¹²⁴.

Al cabo de unos años, en el precedente “Fabris”¹²⁵ la CSJN, integrada por conjuces, desestimó la pretensión de un ex fiscal —en situación de pasividad—

¹¹⁸ Mensaje de elevación n° 3.939, Cámara de Diputados de la Nación, 11° reunión, 7° sesión ordinaria, 13 de junio de 1985, pp. 1282/1283.

¹¹⁹ Cámara de Senadores de la Nación, 36° reunión, 6° sesión ordinaria, 10 de abril de 1985, p. 3.666.

¹²⁰ Ídem, p. 3.682.

¹²¹ Ídem, p. 3.675.

¹²² Fallos: 307:37.

¹²³ Del 23 de julio de 1985, Fallos: 307:44.

¹²⁴ Fallos: 307:56.

¹²⁵ Fallos: 311:1517. El criterio de este fallo fue reiterado en el precedente de Fallos: 311:2639, “Moras Mon”.

cuyo objeto consistía en que se declarase la inconstitucionalidad de las acordadas n°s 43 y 50/1985, en virtud de que en su dictado se había excedido en el marco reglamentario creado por la ley 23.199. Los conjueces consideraron que esas acordadas revisten “el carácter de un acto administrativo de alcance general dictado en ejercicio de facultades que el Poder Legislativo estimó conveniente dejar libradas al prudente arbitrio del Superior Tribunal, competencia delegada distinta de aquélla que la Constitución en su art. 99 le asigna para dictar su reglamento interior y económico, y que le es privativa” y que “ejercitó facultades normativas que le habían sido delegadas en virtud de lo dispuesto por la ley 23.199, reglamentando situaciones jurídicas que se proyectan en el tiempo con carácter de permanencia”.

Este criterio fue dejado de lado en la causa “Martiré”¹²⁶, en la que, la CSJN, integrada por otros conjueces, consideró que las acordadas en cuestión “se proyectan, en el aspecto bajo especial análisis, sobre una materia extraña a la referida delegación que se rige por otras disposiciones que no han sido modificadas por la ley 23.199”.

Luego, con la ley 23.853 se otorgaron facultades presupuestarias, arancelarias y reglamentarias a la CSJN, que, con arreglo al texto constitucional vigente en ese momento y al que ahora rige, se encuentran en cabeza de otros poderes, concretamente, las atribuciones de “preparar” el “Presupuesto de Gastos y Recursos del Poder Judicial” (el actual artículo 100, inciso 6°) y la de “establecer” las remuneraciones de los jueces (artículos 96 —texto anterior— y 110 —texto vigente—).

77

La delegación, en el caso de esta última atribución, a pesar de que en la ley no está presente esa expresión lingüística ni ninguna otra que dé cuenta de una cesión de facultades, es, al igual que sucedió en la ley 23.199, indubitable.

El proyecto de ley¹²⁷ indicaba la necesidad asegurar la administración de justicia “para cuyo cumplimiento se hace necesario dotar al Poder Judicial de la suficiente autarquía financiera que le permita atender con decoro y eficacia las cuestiones jurisdiccionales y las concernientes a su elevada función político institucional”.

Durante su discusión parlamentaria, el diputado Durañona y Vedia dijo que “no debe entenderse que existe una declinación de atribuciones propias del Congreso, porque la tarea de elaborar el propio presupuesto por parte de la Corte Suprema [...] es para que éste sea incorporado al proyecto que anualmente y siempre a destiempo envía el Poder Ejecutivo para su consideración por parte de ambas Cámaras del Congreso Nacional”¹²⁸.

Ahora bien, en la causa “Carbone”¹²⁹, la CSJN, conformada por conjueces, a modo de *obiter*, expresó que la ley 23.853 “inaugura un nuevo régimen de remuneración

¹²⁶ Fallos: 316:255.

¹²⁷ Mensaje de elevación n° 1.480, del 2 de agosto de 1990.

¹²⁸ Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación, 37° reunión, continuación de la 11° sesión ordinaria, 20 de septiembre de 1990, p. 3.159.

¹²⁹ Fallos: 314:881, considerando n° 16, *in fine*.

de magistrados judiciales que [...] implica el cumplimiento de la garantía sustancial —independencia judicial— del art. 96 de la Constitución Nacional, al otorgarle al órgano máximo del Poder Judicial [...] la fijación de tales remuneraciones”.

Por medio de las acordadas n°s 32 y 38/1991¹³⁰, la CSJN fijó las remuneraciones de los integrantes del Poder Judicial a partir del mes de octubre de 1991, lo cual derivaría en un fuerte conflicto con el Poder Ejecutivo luego del dictado DNU 2071/1991 y la réplica con la acordada n° 42/1991¹³¹, uno de los antecedentes del “control judicial por vía de acordada”, que se desarrollará más adelante.

Otro antecedente de la aplicación de la ley 23.853 tuvo lugar, en la acordada n° 77/1990¹³², donde se actualizó el monto del depósito para que sea admisible el recurso de queja ante dicho tribunal, previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esa medida encontró apoyo en que dicho monto “constituye un recurso específico propio del Poder Judicial”, en que es “en virtud de lo dispuesto por el art. 99 de la Constitución Nacional, que la Corte Suprema es soberana en el dictado de su reglamento económico” y en que “de acuerdo al art. 8° de la ley 23.853 el Tribunal tiene amplias facultades para establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio, y determinar el régimen de percepción, administración y control de sus recursos y su ejecución”.

78

La CSJN examinó la constitucionalidad de las acordadas n°s 77/1990 y 28/1991 en el precedente “Rabinovich”¹³³, pues según la parte demandada de ese pleito, aquélla no cuenta con facultades constitucionales para modificar las leyes y “si bien la ley 23.853 faculta a la [CSJN] para establecer aranceles, este concepto sólo puede entenderse como referido a ‘contraprestaciones por servicios administrativos determinados’”¹³⁴.

El planteo fue desestimado con apoyo en que dentro de la amplia delegación de atribuciones —propias originariamente del Congreso— efectuada en el artículo 8° de la ley 23.853 se encuentra indudablemente la posibilidad de adecuar el monto de la queja establecido en el artículo 286 del código procesal y en que uno de los objetivos de la sanción de esa ley estuvo dado por dotar al Poder Judicial de autarquía económica y financiera y que por ello se le asignó importantes recursos entre los que se encuentran los depósitos correspondientes a las desestimaciones de los recursos de queja.

¹³⁰ Fallos: 314:937 y 943.

¹³¹ Fallos: 314:948.

¹³² Del 18 de diciembre de 1990, Fallos: 313:786. Los jueces Belluscio y Fayt suscribieron en disidencia.

¹³³ Fallos: 315:2113.

¹³⁴ Los jueces Fayt y Belluscio votaron en disidencia por la inconstitucionalidad de las acordadas. En ambas acordadas el juez Fayt votó en disidencia y el juez Belluscio fue disidente en la primera de ellas y no suscribió en la segunda.

Un criterio similar mantuvo en el precedente “Aldeca”¹³⁵, que motivó un comentario crítico de Bidart Campos¹³⁶ en el sentido de que no es constitucional que la CSJN ejerza, por delegación del congreso una facultad tributaria de naturaleza originaria para establecer tasas (aunque se las llame aranceles). Sin embargo, la doctrina sentada en “Rabinovich” fue reiterada en diversos precedentes¹³⁷.

Mediante las acordadas n°s 56 y 75/1991¹³⁸ se creó un suplemento especial no remunerativo ni bonificable en favor de los agentes del Poder Judicial allí indicados. En el marco de la causa “Argüello Varela”¹³⁹, la CSJN, integrada por conjueces, examinó la pretensión de un juez jubilado que tenía por objeto que ese suplemento sea considerado a efectos de la determinación de su haber jubilatorio y consideró que esas acordadas “excedieron manifiestamente las atribuciones delegadas por el Congreso de la Nación, mediante el art. 7° de la ley 23.853 [...] pues, no obstante hallarse esas facultades claramente circunscriptas a la determinación de remuneraciones correspondientes a los funcionarios y magistrados en servicio activo, los actos cuestionados asignaron al suplemento indicado el carácter de ‘no remunerativo’, lo cual implicó desconocer la evidente naturaleza retributiva del incremento [...]; extender indebidamente sus efectos respecto de los funcionarios y magistrados en situación de retiro [...]; y alterar de modo sustancial y por vía reglamentaria los términos de la movilidad de haberes jubilatorios previstos en los arts. 7 y 14 de la ley 18.464, de conformidad con la cual el actor se jubiló”.

79

A los pocos años del dictado de la ley 23.853 entraría en vigencia el nuevo texto de la Constitución Nacional, cuyo artículo 76, como es sabido, no contempló la posibilidad de delegar atribuciones propias del Congreso en la CSJN y, asimismo, en su cláusula transitoria octava estableció que “la legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

Pese a que podría pensarse que esas provisiones pondrían en jaque al régimen de la ley 23.853, en la práctica, éste se mantiene incólume.

En diversos precedentes, la CSJN ratificó la validez de esta norma. En efecto: i) en la causa “Condorí Rivamontan”, pronunciamiento del 29 de octubre de

¹³⁵ Fallos: 316:2512.

¹³⁶ Bidart Campos, Germán J., *El establecimiento de “aranceles” como facultad delegada por ley a la Corte Suprema*, Buenos Aires, El Derecho 156-1994, p. 468.

¹³⁷ Fallos: 317:547, “Basso”, y 330:2900, “Fontenova”, y causas “Mattos Castañeda, Carlos Francisco Pío c/ Farizano, Eduardo Antonio y otros s/ amparo” y “Fontana, María Teresa Susana e/ PEN ley 25.561 dto. 1570/01 y 214/02 Y otros s/ amparo sobre ley 25.561”, pronunciamientos del 10 de abril de 2012 y del 30 de diciembre de 2014, entre muchas otras.

¹³⁸ Del 8 de noviembre y del 27 de diciembre de 1991, Fallos: 314:969 y 987.

¹³⁹ Fallos: 316:1551.

2013, desestimó un planteo de inconstitucionalidad de las acordadas n°s 77/1990 y 28/1991. Ese criterio fue expuesto nuevamente en la causa “Omanha”¹⁴⁰; ii) en la causa “Lacabe”¹⁴¹, remarcó que “en situaciones de la naturaleza examinada — vinculadas con la percepción de [la tasa de justicia]— corresponde que la Corte intervenga en esta instancia para ejercer las amplias facultades asignadas por los arts. 3, inc. a y 8 de la ley 23.853”; iii) al fallar en el expediente “Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener SA”¹⁴², puso énfasis en que la tasa de justicia “responde a la prestación de un servicio por el órgano jurisdiccional y constituye uno de los recursos específicos, propios del Poder Judicial de la Nación, afectado a su Presupuesto de Gastos e Inversiones, en los términos de la ley 23.853”; iv) en el antecedente “Alonso”¹⁴³, dejó en claro que “no se encuentra en discusión la atribución de la Corte Suprema [...] de fijar las remuneraciones de sus magistrados, funcionarios y empleados y, por ende, no está en juego ni el art. 7° de la ley 23.853 ni la Acordada 40/95 en cuanto a su legitimidad de origen”.

Otra disposición de la ley 23.853 que fue objeto de reglamentación fue su artículo 3°, inciso ‘b’, concretamente en lo referente que constituyen recursos específicos y propios del Poder Judicial el producto de la venta o locación de “efectos secuestrados en causas penales que no hayan podido entregarse a sus dueños”, así como de los objetos “comisados”. Dicha reglamentación se efectuó mediante las acordadas n°s 8, 14 y 17, 37 y 70/1991¹⁴⁴ y por intermedio de la acordada n° 55/1992¹⁴⁵, se dispuso que “el Tribunal dispondrá de aquellos vehículos que hubiesen sido secuestrados en los términos establecidos en el art. 3° de la ley 23.853” y estableció el procedimiento que debía seguirse para esa disposición.

Asimismo, en la resolución n° 31/1993, se resolvió que dichos vehículos podrían ser utilizados en forma provisoria por “los tribunales y organismos” y luego, en la resolución n° 68/1993, se estableció el “régimen al que debe ajustarse la asignación provisoria” de los vehículos que hayan sido secuestrados en los términos establecidos en el artículo 3° de la ley 23.853 hasta que se efectúe el trámite de afectación correspondiente. En la resolución n° 294/1994, por último, se incluyeron nuevas disposiciones reglamentarias a ese régimen.

Tras la reforma constitucional, la CSJN dictó la acordada 1/2013 y allí, con cita de algunas de las acordadas recién referidas y en uso de las atribuciones conferidas por la ley 23.853, creó la “Base General de Datos de Bienes Secuestrados y/o Comisados en Causas Penales de competencia de la Justicia Nacional y Federal”. El reglamento

¹⁴⁰ Fallos: 339:1311.

¹⁴¹ Fallos: 323:64.

¹⁴² Fallos: 332:2735.

¹⁴³ Fallos: 331:1441.

¹⁴⁴ Fallos: 314:10, 17, 21, 942 y 983.

¹⁴⁵ Fallos: 315:2182.

de esa base, fue aprobado por la acordada n° 33, del 24 de noviembre de 2015.

Mediante la resolución n° 3182/2016, “en virtud de la necesidad de fortalecer la colaboración interinstitucional de los distintos Poderes del Estado”, asignó, provisoriamente, los vehículos secuestrados allí detallados al Ministerio de Seguridad de la Nación.

Por último, en la acordada n° 2/2018 se aprobó “la reglamentación de los efectos secuestrados en causas penales que no puedan entregarse a sus dueños y objetos decomisados con finalidad pública”.

Con todo, la ley 23.853 mantiene plena vigencia en la actualidad. En efecto, en el documento elaborado como resultado de la IV Conferencia Nacional de Jueces, que derivaría en la presentación de un proyecto de ley para acentuar la autarquía presupuestaria del Poder Judicial¹⁴⁶.

Ya se ha dicho que la técnica de delegación de atribuciones legislativas en el Poder Judicial y, concretamente, en la CSJN, no ha sido objeto de un profundo estudio doctrinario ni jurisprudencial¹⁴⁷. Tampoco cuenta con una regulación constitucional ni legal expresa a diferencia de lo que sucede, como también se dijo, con el caso de la transferencia de competencias legislativas en el poder administrador (artículos 76 de la Constitución Nacional y ley 26.122).

Si el tema se abordara desde una primera perspectiva, que no agota el examen, la pregunta que habría que hacerse sería la siguiente: ¿Cuál sería el inconveniente en que el Congreso delegue atribuciones que le son propias con arreglo a la Carta Magna en favor de la Corte Suprema? ¿Acaso ello genera un desequilibrio en la división de poderes?

Si la CSJN y el Congreso convalidaron, con ciertas limitaciones y condiciones, incluso antes de su inserción en el texto constitucional, la técnica de la delegación de atribuciones legislativas en el Poder Ejecutivo, por qué no podría hacerse esa misma cesión en el órgano vértice del Poder Judicial con ese mismo alcance. Incluso un sector de la doctrina, bastante tiempo antes de la reforma constitucional de 1994, clamaba por la “delegación de ciertas atribuciones legislativas —en sentido material— en los órganos de la magistratura, especialmente en la Corte Suprema”¹⁴⁸.

Autores como Barra, en cambio, se han manifestado en contra de esta clase de delegación, toda vez que “hay una incompatibilidad de naturaleza. Una cosa es que los tribunales puedan emitir válidamente [reglamentos autónomos] y, en ciertos casos [reglamentos ejecutivos], y otra es que puedan sustituir al Legislativo (aun con su

¹⁴⁶ En cuanto a la posibilidad de que la Corte Suprema presente proyectos de ley, cabe remitir a lo dicho en la nota al pie n° 8.

¹⁴⁷ Opinión que es compartida por Castro Videla, Santiago M., y Maqueda Fourcade, Santiago, en “*La delegación...*”, op. cit.

¹⁴⁸ Garber, Carlos, *La judicatura y la reforma procesal – reflexiones en torno a una acordada de la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1960-IV, p. 184/203.

autorización expresa) en la tarea de legislar. Para esto no están los jueces, quienes carecen de la organización y, en síntesis, del ‘expertise’ adecuado para ello”¹⁴⁹.

Castro Videla y Maqueda Fourcade afirman que “la forma correcta de abordar el análisis general de la ‘delegación legislativa’ no debe partir desde el art. 76 de la Constitución ni circunscribirse exclusivamente a él” y su punto de partida debe estar en su “fundamento tradicional —anterior a la reforma de 1994— a saber: los poderes implícitos del Congreso, previstos en el art. 75, inc. 32, de la Constitución”¹⁵⁰.

Según esos autores, en función de que la CSJN “es totalmente ajena a la Administración Pública Nacional”, la delegación de facultades legislativas en su cabeza “está sujeta a las exigencias genéricas de las delegaciones hechas bajo el artículo 75, inciso 32, de la Constitución: a saber, que contenga el estándar inteligible o bases suficientes sobre cómo debe ejercerse tal delegación y respete los límites propios de los poderes implícitos del Congreso”¹⁵¹. Por tanto, entienden “las delegaciones de facultades legislativas en cabeza de la Corte Suprema no estarían sujetas a las exigencias específicas del artículo 76 de la Constitución Nacional (limitaciones materiales, circunstanciales y temporales), sino a las exigencias del régimen de la delegación que se deriva del artículo 75, inciso 32, y es menos restrictivo que aquel”¹⁵².

82 Empero, esa teoría tiene sus límites: (i) también resulta aplicable “el criterio de interpretación restrictivo que debe regir en cualquier plano de la delegación legislativa”; (ii) no puede delegarse “cualquier facultad legislativa”; y (iii) las medidas de sustancia legislativa que adopte la CSJN están sujetas a un control judicial estricto¹⁵³.

Ahora bien, la ausencia de previsiones expresas constitucionales no puede ser un obstáculo para que el Congreso se desprenda de competencias que le son propias y que las coloque en cabeza de la CSJN en determinadas materias de marcada singularidad. En efecto, en palabras de la CSJN, al examinar la validez de un DNU dictado antes de su reconocimiento constitucional, la interpretación auténtica de la Constitución Nacional no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que

¹⁴⁹ Barra, Rodolfo C., “*Reglamentos administrativos*”, cit.

¹⁵⁰ Castro Videla, Santiago M., Maqueda Fourcade, Santiago, *La delegación legislativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, Derecho Procesal Constitucional, Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, Abeledo-Perrot, 2018-III. Es uno de los pocos trabajos —notable, por cierto— en los que se aborda este tema.

¹⁵¹ Castro Videla, Santiago M., y Maqueda Fourcade, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Buenos Aires, Ábaco, 2017, p. 340.

¹⁵² Ídem, p. 343.

¹⁵³ Ídem, p. 345.

dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación¹⁵⁴.

En suma, la transferencia de competencias es válida, pero debe ser realizada con las limitaciones propias que implica el ejercicio de esta actividad excepcional. Dichos límites pueden ser los del artículo 76 de la Norma Suprema o bien los que plantean Castro Videla y Maqueda Fourcade con base en el art. 75, inc. 32. La práctica institucional, sin embargo, muestra que, a diferencia de lo que sucede con el Poder Ejecutivo, las delegaciones legislativas en la CSJN han sido, como se vio, verdaderamente excepcionales y en un número muy reducido.

Concretamente, si se piensa en la “adaptación” de la ley 23.853, sólo habría que incluir en su contenido las bases de la delegación, esto es, el estándar inteligible —una clara política legislativa— y el plazo para su ejercicio.

Con esa comprensión, debe repararse en que la ley 23.853, al delegar el establecimiento de los salarios (artículo 7°) fija un límite: “velar por el equilibrio entre el uso eficiente de los recursos y el respeto a la dignidad del trabajador” y en que el “plazo para su ejercicio” son los períodos presupuestarios, es decir, durante cada año.

Pero hay otra circunstancia que es decisiva: el presupuesto es aprobado anualmente por el Congreso (artículo 75, inciso 8°, de la Constitución Nacional), de manera que es este órgano quién tiene la última palabra en esta materia y en caso de disconformidad con el modo en que la CSJN haya ejercido la atribución conferida podría retomar su competencia constitucional para fijar las remuneraciones de los jueces (artículo 110 de la Carta Magna)¹⁵⁵.

En suma, en el caso del Poder Ejecutivo, la delegación responde a necesidades pragmáticas mientras que, en el campo del Poder Judicial, la transferencia de competencias, al menos como ha sido concebida por nuestra legislación, tiene un fin diferente: garantizar su independencia y permitir su adecuado funcionamiento. Es por ello que las tradicionales objeciones formuladas al avasallamiento de las facultades del Congreso que genera el presidencialismo no pueden ser reproducidas en este caso, lo cual no quita que esta herramienta deba utilizarse excepcionalmente, con prudencia y razonabilidad. Y al igual que se explicará en la categoría subsiguiente, la reglamentación delegada mal podría contener reglas que vinculen positivamente a la ciudadanía, sino que su objeto debe limitarse a cuestiones relacionadas con la administración de justicia.

¹⁵⁴ Fallos: 313:1513, “Peralta”. Una hermenéutica análoga había expuesto en los precedentes de Fallos: 199:483, “Inchauspe” y 247:646 “Fernández Arias”.

¹⁵⁵ Aspecto que fue puesto de relieve por el juez Belluscio en su voto en disidencia en la acordada n° 56/1991, aunque en un sentido contrario a la validez de la delegación legislativa.

2.4 Reglamentos de “necesidad y urgencia”

Esta propuesta de asimilación es más compleja que las que se han venido examinando y ello quedará evidenciado con facilidad. Aquí no se trata de concluir, en modo alguno, que la CSJN dicta DNU sino simplemente que así como el poder administrador adopta determinadas medidas en épocas de emergencia mediante el ejercicio de competencias que no le son originariamente propias, aquella no permanece inerte ante esos escenarios. Se ha dicho que en algunos de estos casos ejerce “control de constitucionalidad por vía de acordada”¹⁵⁶, esto es, sin la existencia de un “caso” o “controversia”.

Es claro que la competencia del Poder Ejecutivo alcanza a diversas materias normativas, con excepción de las que han sido expresamente vedadas en la Constitución Nacional, y que no sucede lo mismo en el caso de la CSJN, pues su jurisdicción excepcional en este asunto, se limita a cuestiones relacionadas con su área de gobierno. Un ejemplo: la CSJN no podría dictar una acordada en la que establezca normas de alcance general sobre materia migratoria.

A lo largo su historia ha participado, en cuanto aquí interesa mediante actos de contenido normativo, en materias en las cuales, en algunos casos, su competencia, al menos como es concebida tradicionalmente, resultaba cuanto menos dudosa.

84

En los primeros pasajes de este trabajo se hizo mención de la teoría del estado de necesidad en el derecho administrativo¹⁵⁷, en el sentido de que en virtud de esa teoría puede justificarse que un poder lleve a cabo el ejercicio de competencias que no le son propias. También se resaltó que en el marco de las altas misiones constitucionales cuyo resguardo ha sido encomendado a la CSJN, en tanto verdadero poder del Estado, no puede ver limitada su intervención a aquellos casos en que la ciudadanía o alguno de los otros poderes soliciten su participación.

Veamos algunos ejemplos.

- Resolución del 14 de marzo de 1903, mediante la cual se negó a tomar juramento a un juez nombrado en comisión por el presidente provisional del Senado en ejercicio del Poder Ejecutivo sin haber prestado el juramento exigido por la Constitución, en los siguientes términos “la Suprema Corte no es un poder automático. Tiene el deber, en este caso, de examinar y discernir si el acto con motivo del cual se le llama al cumplimiento de una función propia, reviste o no la validez necesaria por razón del origen o del poder de que emana, y si este poder se halla o no habilitado para expedir el acto de que se trata, mayormente, cuando la Corte haya debido intervenir

¹⁵⁶ Bianchi, Alberto B., *¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?*, Buenos Aires, La Ley, 2001-B, 112.

¹⁵⁷ Bielsa, Rafael, “*El estado...*”, op. cit.

para que ese poder cumpla ante ella el requisito que ha de habilitarlo para el ejercicio de sus funciones”.

No se trata, en rigor, de un acto con contenido normativo, pero es el primer antecedente en el que la Corte Suprema se pronunció por fuera de una sentencia, con relación a la validez un acto de otro poder.

- “Procurador Fiscal del Juzgado Federal de Salta, en su carácter de juez subrogante, se queja del decreto del Poder Ejecutivo, que ordena su traslado al Juzgado Federal de La Rioja”, resolución del 10 de febrero de 1930¹⁵⁸. En esa ocasión reiteró el criterio que había expuesto en otros precedentes anteriores¹⁵⁹ y consideró que no debía atender el planteo formulado, por vía de superintendencia, por el peticionario —su objeto consistía en lograr la declaración de inconstitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo que había dispuesto su traslado de distrito—, en función de que se omitió la expresión de “las normas de derecho público procesal atributivas de competencia de esta Corte para decidir la delicada cuestión que se le somete” y de que “ella tiene su jurisdicción estrictamente definida y demarcada por la Constitución y leyes”.
- Acordada del 10 de septiembre de 1930¹⁶⁰, en la que reconoció al gobierno de facto en los siguientes términos: “el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social”. A decir de Oyhanarte, esta es una “demostración típica de cómo funcionan las potestades suprajudiciales de la Corte Suprema” y “dejó inaugurada una doctrina, la de los gobiernos de facto”¹⁶¹. Esta acordada ha motivado fuertes críticas¹⁶², a punto tal de que se constituyó como uno de los principales cargos formulados en el juicio político a sus integrantes. Esa doctrina fue reiterada en la acordada del 7 de junio de 1943¹⁶³, en la acordada n° 34, del 16 de noviembre de 1955¹⁶⁴, en la acordada n°18, del 9 de junio de 1970¹⁶⁵ y en los precedentes de Fallos: 270:367, “Molinas” y 296:372, “Ércoli”, entre otros.

¹⁵⁸ Fallos: 156:318.

¹⁵⁹ Fallos: 31:288; 48:462 y 114:56.

¹⁶⁰ Fallos: 158:290.

¹⁶¹ Oyhanarte, Julio, “Historia...”, ob. cit., p. 172.

¹⁶² Cayuso, Susana, y Gelli, María A., *Ruptura de la Legitimidad Constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930*, Buenos Aires, Cuadernos de Investigaciones 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1988, p. 91.

¹⁶³ Fallos: 196:5.

¹⁶⁴ Fallos: 233:15.

¹⁶⁵ Fallos: 277:5.

- Acordada del 2 de febrero de 1931, mediante la cual los ministros aceptaron, en un contexto de emergencia económica y de reducción del gasto público impulsada por el Poder Ejecutivo, una baja en sus retribuciones. Un criterio similar se adoptó en la acordada n° 7, del 15 de marzo de 1995¹⁶⁶ y en la resolución 553, del 3 de abril de 2020¹⁶⁷.
- Acordadas del 2 de abril de 1945¹⁶⁸. En la primera de ellas se negó a tomar juramento a uno de los magistrados designados para integrar la Cámara de Apelaciones del Norte, creada por el decreto-ley 4256/1945. El voto del juez Repetto contiene una afirmación que vale la pena recordar: “si bien la jurisprudencia reiterada de esta Corte ha resuelto que la inconstitucionalidad de las leyes y decretos sólo puede pronunciarse a petición de parte y no de oficio [...], tal jurisprudencia se aplica al ejercicio de las facultades judiciales y no al supuesto, como es el caso del presente, de actividades derivadas del art. 99 de la Constitución, que autoriza a la Corte a dictar su reglamento y, por consiguiente, a fijar las condiciones con arreglo a las cuales ejercerá su facultad de tomar juramento a los funcionarios designados por el P.E.”. En la segunda de las referidas acordadas, examinó el decreto que había dispuesto el traslado de un juez federal, circunstancia que producía una reducción de sus haberes y declaró que dicho traslado violaba la garantía de inamovilidad de los jueces. Ninguno de estos dos actos exhibe contenido normativo, pero revisten una importancia capital a modo de precedente en tanto en ellos se ejerció, lisa y llanamente control de constitucionalidad, de oficio, sobre decretos del Poder Ejecutivo, por vía de acordada.
- Acordada del 5 de octubre de 1945¹⁶⁹. En esa oportunidad acogió, mediante la invocación de fundamentos análogos a los expuestos en las acordadas recién referidas, la pretensión de un juez que había sido removido por decreto del Poder Ejecutivo —de *facto*— y que fue formulada en los siguientes términos: “amparo para que se me restituya la libertad y se me permita el ejercicio de mis funciones como Juez Federal de Córdoba”.
- Resolución del 31 de marzo de 1962¹⁷⁰ y causa “Pitto, Luis María s/ petición”¹⁷¹, pronunciamiento del 3 de abril de 1962. Allí, frente al derrocamiento del

¹⁶⁶ Fallos: 318:12.

¹⁶⁷ Aquí sus integrantes realizaron un aporte voluntario de sus salarios a una asociación civil a raíz de la pandemia del coronavirus COVID-19. Vale decir que en ese contexto inédito y de emergencia se adoptaron diversas medidas como ferias extraordinarias, innovaciones en materia de trabajo remoto y digitalización de expedientes, entre otras, que tendrían encuadramiento en las primeras dos categorías reglamentarias.

¹⁶⁸ Fallos: 201:239 y 245.

¹⁶⁹ Fallos: 203:5.

¹⁷⁰ Fallos: 252:8.

¹⁷¹ Fallos: 252:177.

presidente Frondizi, ante la inminente usurpación del poder por parte de las fuerzas armadas y en razón de que el Congreso se encontraba en receso, el 30 de marzo de 1962, la CSJN recibió juramento constitucional al presidente provisional del Senado de la Nación, José M. Guido, en los términos de los artículos 1° y 3° de la ley 252. Y el 31 de marzo de aquel año homologó el acta labrada ante las fuerzas armadas y, por tanto, quedó consolidada la posesión del cargo de mandatario. En el considerando 5°) del precedente “Pitto”, se remarcó que había actuado “en el desempeño de la función que inviste, la cual presupone el deber de asegurar la subsistencia y continuidad del orden constitucional única valla cierta contra la anarquía o el despotismo”.

- Acordada n° 4/1984¹⁷². En ese acto declaró inaplicable el artículo 24 de la ley 22.192, en cuanto la facultaba a designar los integrantes del “Tribunal de Ética Forense”. A título preliminar consideró que “corresponde examinar si tal atribución se encuentra dentro del ámbito de la jurisdicción que establecen los artículos 100 y 101 de la Constitución, a fin de no convalidar implícitamente la validez de dicha norma” y, seguidamente, tras invocar, otra vez, la resolución del 14 de marzo de 1903, concluyó en que la facultad que se le estaba confiriendo excedía notoriamente el marco de las atribuciones jurisdiccionales que la Constitución le otorga y a las cuales debe ceñirse en su accionar. El contenido normativo negativo de esta decisión también es claro, en la medida en que en ella derogó, parcialmente, el reglamento que había dictado en la acordada n° 13/1980¹⁷³, en ejercicio de la facultad reglamentaria conferida por la ley 22.192, hoy derogada por la ley 23.187.
- Acordada n° 47/1986¹⁷⁴. En esta ocasión, expresó que la ley 23.362 —en cuanto había modificado la jerarquía funcional y presupuestaria de determinados funcionarios del Poder Judicial “sin anuencia previa de esta Corte”— contrariaba al entonces vigente artículo 99 de la Constitución Nacional.
- Acordada n° 45/1995. En ese acto analizó el alcance del artículo 5° de la ley 24.480 en cuanto establecía que el “Centro Nacional de Informática sobre Detenidos y Extravíos de Personas”, creado en dicha ley, dependería del Poder Judicial y bajo la jurisdicción de aquélla. Su esquema argumental y su conclusión —en contra de la aplicación de la norma— son prácticamente idénticas a las de la acordada n° 4/1984, aunque aquí remarcó su rol de representación más alta del Poder Judicial y las facultades implícitas que tal condición le atribuían y agregó que estaba “en mejor situación que cualquier otro poder para conocer todas las particularidades de la administración

¹⁷² Del 9 de febrero de 1984, Fallos: 306:8.

¹⁷³ Del 23 de junio de 1980, Fallos: 302:14.

¹⁷⁴ Del 13 de noviembre de 1986, Fallos: 308:1519.

judicial y saber con precisión la improcedencia de asignarle una inmensa tarea registral, propia de la Administración”.

- Acordada n° 20/1996¹⁷⁵, por medio de la cual se dispuso la “inaplicabilidad” del artículo 1° de la ley 24.631 en cuanto derogaba¹⁷⁶ las exenciones contempladas en el art. 20, incisos p) y r), de la ley 20.628, para los magistrados/as y funcionario/as del Poder Judicial. Más allá de la utilización del término “inaplicabilidad”, el control de constitucionalidad efectuado es expreso e inequívoco¹⁷⁷.
- Acordada n° 24/1996¹⁷⁸. Allí, en función de que la ley 24.573 había creado la “Comisión de Selección y contralor destinada a expedirse acerca de la idoneidad de los aspirantes a mediadores y verificar el adecuado funcionamiento del sistema de mediación (art. 19)” y de que según el artículo 20 de dicha ley y su reglamentación, esa comisión debería integrarse con dos representantes del Poder Judicial cuya designación estaría a cargo de la corte, a pesar de que “la integración de tales comisiones es, en principio, ajena al campo de atribuciones que expresamente la Constitución Nacional confiere al Tribunal”, la “particular naturaleza del instituto creado por la ley —cuyo procedimiento contempla expresamente la intervención de los magistrados y la aplicación de disposiciones propias del proceso judicial”, condujo a formar una excepción a dicha regla y, por ende, efectuó las designaciones encomendadas¹⁷⁹.
- En esta enumeración también pueden ser incluidas las medidas normativas adoptadas a raíz del aluvión de causas que provocó el “corralito” financiero que tuvo lugar durante los primeros años de la década del 2000¹⁸⁰ y que obligó a dictar un régimen de asignación y distribución de causas de excepción (acordada n° 24/2006).
- Acordada n° 34/2002¹⁸¹. En esta resolución declaró que correspondían a la Cámara Nacional en lo Penal Económico las atribuciones de tribunal de apelación en materia penal tributaria, que los tribunales orales en lo penal económico ejercerían las facultades de superintendencia respecto de los juzgados nacionales en lo penal tributario y que juzgarían en única instancia los delitos investigados por los jueces nacionales en lo penal tributario. Al

88

¹⁷⁵ Del 11 de abril de 1996, Fallos: 319:24.

¹⁷⁶ Se escribe en presente, en razón de que al 22 de mayo de 2018 la norma no ha sido objeto de derogación por parte de una ley del Congreso.

¹⁷⁷ Bianchi, Alberto B., “¿Puede la Corte...?”, cit.

¹⁷⁸ Fallos: 319:32.

¹⁷⁹ Del 8 de mayo de 1996, Fallos: 319:32. Voto concurrente del juez Boggiano y disidencias de los jueces Fayt, Belluscio y Petrachi, quienes invocaron la doctrina de Fallos: 306:8.

¹⁸⁰ Acordadas n°s 3, 7, 11 y 15/2002, 1/2003, y 24/2006 (Fallos:325:1310, 1319, 1323 y 1328; 326:1715; y 329:4881) y, resoluciones n°s 677, 678 y 1022/2002.

¹⁸¹ Del 3 de octubre de 2002, Fallos: 325:3548.

ser una verdadera norma de alcance general, dispuso su publicación en el BORA. Aquí, cabe destacar, la intervención no fue *ex officio*, sino que fue el Procurador General de la Nación quién solicitó la participación de la CSJN “con respecto a la confusa situación que [...] se ha creado con el dictado del decreto 688/00, que al observar varios artículos del texto sancionado por el Congreso de la Nación de la ley 25.292 y promulgarla parcialmente, no ha dispuesto de modo directo ‘cuál habrá de ser el tribunal de alzada de los juzgados de primera instancia en lo penal tributario de la Capital’”. Para así decidir, la CSJN invocó el artículo 24, inciso 7°, última parte, del decreto ley 1285/1958, y que “en su carácter de órgano supremo del Poder Judicial, debe adoptar —aún sin petición concreta de parte— medidas que impidan el retardo o la privación de justicia [...] que en el caso se producirán ante la particular situación examinada, por la falta de norma expresa que determine cuáles serán [...] el tribunal oral que intervendrá en los juicios y la cámara de apelaciones que entenderá en los recursos y cuestiones de competencia que se planteen a raíz de la puesta en funcionamiento de los juzgados nacionales en lo penal tributario de la Ciudad de Buenos Aires”. Y agregó que “frente a la ausencia de toda disposición que haya transferido a otros órganos la competencia que sobre la materia correspondía —hasta la modificación del art. 22 de la ley 24.769 por parte de la ley 25.292— al fuero en lo penal económico, es apropiado mantener, **mientras legislativamente no se disponga otra atribución**, a los tribunales orales y a la cámara de apelaciones de dicho fuero como tribunal de juicio y como órgano de alzada, respectivamente, con respecto a los juzgados en lo penal tributario creados por el texto normativo indicado” (el resaltado no forma parte del texto original). Este es uno de los ejemplos que mejor cuadra en el paralelismo que se intenta trazar con los decretos de necesidad y urgencia que dicta el Poder Ejecutivo.

- Acordada n° 36/2004, por medio de la cual suspendió la vigencia de una resolución del Consejo de la Magistratura.
- Acordada n°12/2016, creadora del “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”, cuyo carácter normativo —cuasi legislativo— es indubitable¹⁸².
- Acordada n° 42/2016¹⁸³. En este acto, dejó sin efecto la resolución n° 4100/2016, dictada por el Administrador General del Poder Judicial, que a su vez había sido ratificada por el plenario del Consejo, mediante la cual se había solicitado al Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas el incremento del crédito y la

¹⁸² Los diversos proyectos de ley que se han presentado en el Congreso dan cuenta de ello (ver, entre otros, los que tramitaron en expedientes n°s 2748-D-2012, 1045-D-2014, 1607-D-2007, 7798-D-2016, 0826-D-2015, 4527-D-2015, 5356-D-2016 y 573-D-2018).

¹⁸³ Del 27 de diciembre de 2016, Fallos: 339:1013.

modificación del presupuesto general de la Administración Nacional para el ejercicio 2016, a los fines de contar con los recursos financieros necesarios para efectuar una re categorización del personal obrero y de maestranza. Entre los fundamentos que motivaron esa decisión, recordó el ya estudiado texto del artículo 7º de la ley 23.853 y que, tal como lo había expuesto en las acordadas n°s 8/1999 y 36/2004, citadas, las atribuciones concernientes a las decisiones finales en materia de reestructuraciones funcionales y remuneraciones de los integrantes del Poder Judicial, han sido reconocidas por la Constitución Nacional y por las leyes en vigencia entre las competencias que corresponden a la CSJN y, una vez más, su condición de cabeza de poder.

- Acordada 4/2018, relativa a la habilitación de tribunales y al traslado de jueces y juezas.

2.4.1. Recapitulación

Como se dijo, los DNU y las acordadas “excepcionales”, por ponerles un rótulo, no son idénticos ni mucho menos. Aquéllos tienen recepción constitucional y legal y estas no, por caso. Hay, empero, algunos puntos en común entre ambos:

- i) suceden en lugar en situaciones de marcada excepcionalidad. En efecto, ante una ley inconstitucional que avasalle la independencia del Poder Judicial no parece conveniente que la CSJN inicie un proceso judicial como si se tratara de un particular, ni tampoco tiene poder de veto. Parecería entonces que su única opción institucional es acudir a sus poderes implícitos y ponerlos en marcha por medio de una acordada¹⁸⁴;
- ii) su dictado obedece a la necesidad de dar respuesta a un cometido constitucional. En el caso del Presidente de la Nación se trata de la administración de país (artículo 99) y en el caso de la CSJN, de la administración de justicia (artículo 108 de la Constitución);
- iii) las materias sobre las cuales recaen corresponden al conocimiento del Poder Legislativo. En el caso de los DNU, se encuentran sujetos a su ratificación con arreglo al trámite previsto en la ley 26.122. Y en el caso de las acordadas, el Congreso puede dar estatus legal a la regla creada por la CSJN o bien descalificarla con una ley en sentido contrario;
- iv) coinciden también en su ejecutoriedad, pues como todo acto administrativo de alcance general, producen efectos desde su publicación.

Debe distinguirse, por último, el acto dictado en un contexto de urgencia ante la inexistencia de una norma, como puede ser, por ejemplo, una atribución de

¹⁸⁴ Bianchi, Alberto B., “¿Puede...”, op. cit.

competencias a un tribunal inferior efectuada por la CSJN, de aquellos en los que la norma sí existe y es declarada inconstitucional por vía de acordada. En el primer caso, la medida es claramente transitoria. En el segundo supuesto se trata de una decisión final.

Y aquí las cosas empiezan a complicarse nuevamente, porque cabe preguntarse, qué podría suceder en caso de que los poderes representativos no compartieran la decisión de la CSJN que, vale aclarar, aunque parezca obvio, no es una sentencia. Concretamente ¿Estas acordadas, deben ser aceptadas por los otros departamentos del Estado?

La respuesta es por la afirmativa, lo cual no obsta que pueda solicitarse su impugnación y anulación en sede judicial, como si se tratara de cualquier otro acto administrativo, decreto o ley, ni que el precepto descalificado o la regla creada por la CSJN motiven el dictado de una ley.

El caso más emblemático de aquella segunda especie de actos “definitivos”, es el de la acordada n° 20/1996, citada anteriormente, que la Procuración del Tesoro de la Nación sugirió acatar y que luego sería reexaminada por la CSJN¹⁸⁵ en la causa “Gutiérrez”¹⁸⁶.

VI. Conclusiones

No hay dudas a esta altura que la CSJN integra el gobierno federal en pie de igualdad con el Congreso de la Nación y con el Poder Ejecutivo¹⁸⁷ y que, dado que esos tres departamentos “son el Estado”, todos gozan de los atributos del Estado, entre ellos, la potestad creadora de normas¹⁸⁸.

El objeto de este trabajo, como se dijo en su presentación, es justamente exponer la actividad normativa de la CSJN y las fuentes de las cuales se ha nutrido a lo largo de su historia para ejercerla. Como puede advertirse, la mirada dispensada a lo largo de estas líneas es favorable hacia la realización de esa potestad no sólo porque encuentra apoyo en las fuentes referidas sino también por razones técnicas, aunque con las limitaciones expuestas¹⁸⁹ y en la medida en que se garantice su revisión judicial.

Esta recapitulación en modo alguno pone fin al asunto, que exhibe varios puntos que todavía continúan en debate y que ocasionalmente resurgen. Queda pendiente, asimismo, teorizar sobre la existencia de diversos institutos del derecho administrativo que cuentan con una regulación propia en el ámbito estudiado y, finalmente, abordar en detalle el modo de impugnación judicial de esta clase de actos.

¹⁸⁵ Integrada por la jueza Argibay y por conjuces entre los que se encontraba el juez Rosatti.

¹⁸⁶ Fallos: 329:1092.

¹⁸⁷ Bidart Campos, Germán J., *Los Poderes implícitos de la Corte Suprema y los impedimentos 'ad extra' para la administración de justicia*, Buenos Aires, El Derecho, t. 81, p. 721.

¹⁸⁸ Barra, Rodolfo C., “*Reglamentos administrativos*”, cit.

¹⁸⁹ Con una mirada similar concluye el trabajo de Sacristán, Estela, cit.

VII. Referencias bibliográficas

- Aja Espil, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Buenos Aires, Tea, 1987.
- Alberdi, Juan B., *Organización de la Confederación Argentina*, Tomo I, cap. 4° *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, 2° ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1913.
- Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- Barra, Rodolfo C., *Reglamentos administrativos*, Buenos Aires, La Ley 1999-F, 1034.
- Bianchi, Alberto B., ¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?, Buenos Aires, La Ley, 2001-B, 112.
- Bianchi, Alberto B., *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, Buenos Aires, La Ley 1997-B, 994.
- Bianchi, Alberto B., *Algunas notas sobre los poderes implícitos del gobierno*, Buenos Aires, El Derecho Constitucional, Volumen: 2000/2001.
- Bidart Campos, Germán J., *Los Poderes implícitos de la Corte Suprema y los impedimentos 'ad extra' para la administración de justicia*, Buenos Aires, El Derecho, t. 81, p. 721.
- Bidart Campos, Germán J., *El establecimiento de "aranceles" como facultad delegada por ley a la Corte Suprema*, Buenos Aires, El Derecho 156-1994, p. 468.
- Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 2000/2001.
- Bielsa, Rafael, *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Roque Depalma, 1957.
- Castro Videla, Santiago M., Maqueda Fourcade, Santiago, *La delegación legislativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, Derecho Procesal Constitucional, Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, Abeledo-Perrot, 2018-III.

Castro Videla, Santiago M., y Maqueda Fourcade, Santiago, *La delegación legislativa y el Estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación*, Buenos Aires, Ábaco, 2017.

Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 4° ed. corregida y aumentada, 1994.

Cayuso, Susana, y Gelli, María A., *Ruptura de la Legitimidad Constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930*, Buenos Aires, Cuadernos de Investigaciones 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1988, p. 91.

Craviotto, Eduardo D., *La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 1994-D, 901.

Cueto Rúa, Julio C., *La Corte Suprema como poder del Estado*, Buenos Aires, La Ley 1987-D, 863.

Fayt, Carlos S., *Los Poderes Implícitos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Garber, Carlos, *La judicatura y la reforma procesal – reflexiones en torno a una acordada de la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1960-IV, p. 184/203.

Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* 4° ed., Buenos Aires, La Ley, 2008.

González, Joaquín V, *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, actualizado por Quiroga Lavié, Humberto, Buenos Aires, La Ley, 2001.

Gozaíni, Osvaldo A., *El caso Pedraza y la Acordada 14/2014 referente a la competencia de la justicia de la Seguridad Social*, Buenos Aires, La Ley, Sup. Const. 2014 (julio), 16/07/2014, 54 – La Ley, 2014-D, 192.

Grecco, Carlos M., *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley 1980-D, 1306.

Hirschmann, Pablo G., *Los poderes implícitos del gobierno federal*, Buenos Aires, Cinco ensayos sobre derecho Constitucional, Premio Coca-Cola en las Artes y

las Ciencias, 1986, 1987.

Hockl, María C., y Duarte, David, *Competencias y Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Legis Argentina, 2006.

Linares, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975.

Mercado Luna, Ricardo, *Facultades colegislativas del Poder Judicial*, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, doctrina, 1974.

Montes de Oca, Manuel Augusto, *Lecciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, la Buenos Aires, 1917.

Onaindia, José Miguel, *La Corte Suprema Argentina. Luces y sombras*, Buenos Aires, El Ateneo, Buenos Aires, 2016.

Oyhanarte, Julio C., *Historia del Poder Judicial*, Buenos Aires, revista Todo es Historia, n° 61, Buenos Aires, 1972.

94

Oyhanarte, Martín (h), *Corte Suprema y acefalia: El derrocamiento de Frondizi y la asunción de Guido*, Buenos Aires, El Derecho 256-848.

Palacios, Alfredo L., *La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado*, Buenos Aires, Jus, 1947.

Sacristán, Estela, *La Corte Suprema como titular de Poder Reglamentario*, Buenos Aires, Revista Jurídica Austral, vol. 1º, n°2, (diciembre de 2020), pp. 499/530.

Sánchez Viamonte, Carlos, *El constitucionalismo: sus problemas*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

Tawil, Guido S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

Villegas Basavilbaso, Florencio, *Superintendencia Judicial*, Buenos Aires, Tomo I-A-, Piatti, Buenos Aires, 1956.

La libertad de expresión en internet: Un análisis de las respuestas jurisprudenciales y normativas en Argentina*

Gisela Ferrari** y Julián Prieto***

Resumen

El trabajo presenta en forma sistematizada y desde una mirada crítica los avances jurisprudenciales y legislativos en materia de libertad de expresión en internet en Argentina. En primer lugar, explora los estándares y la regulación existentes a nivel internacional y doméstico aplicables a la libertad de expresión en internet. La regulación es incipiente y fragmentaria, y en gran parte requiere ser adecuada a los últimos avances tecnológicos. En segundo lugar, expone los resultados de un relevamiento de la jurisprudencia de los tribunales argentinos. Los jueces han intentado aportar soluciones a reclamos sin precedentes con las pocas herramientas jurídicas disponibles, y en ocasiones con una cierta ignorancia acerca de cómo funciona aquello sobre lo cual se intenta resolver. Finalmente, analiza los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la Nación, que con mayor o menor grado de acierto han procurado avanzar en la regulación de las cuestiones involucradas en la libertad de expresión en internet.

Palabras clave: Libertad de expresión – Derechos digitales – Internet – Derecho a la privacidad – Derecho a la dignidad y al honor.

* Este trabajo de investigación fue llevado a cabo en el marco del Proyecto IUS 0800 2019 01 00017 CT, “Los derechos fundamentales ante los desafíos de la era digital: Una búsqueda de soluciones para Argentina en un contexto global”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Agradecemos los valiosos comentarios y aportes de Guadalupe Fernández Mehle y Gabriela Commatteo.

** Directora del Proyecto IUS. Becaria Doctoral UBA-CONICET. Máster en Derecho, London School of Economics and Political Science. Profesora Adjunta de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina y docente de la Diplomatura en Derechos Humanos de la Universidad Austral.

*** Miembro del Proyecto IUS y del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Argentina. Abogado, Universidad Católica Argentina. Maestrando en Derecho Penal, Universidad Austral.

I. Introducción

Mientras las nuevas tecnologías se han convertido en una valiosa herramienta para la defensa y la promoción de los derechos humanos, también han generado novedosos problemas para su ejercicio¹. De los innumerables desafíos que plantean estas tecnologías al mundo jurídico, aquellos relacionados con la libertad de expresión han estado en el foco de atención y han generado múltiples polémicas en los últimos años². La cantidad de información acerca de nuestras vidas que proveemos voluntaria e involuntariamente a través de nuestra actividad online en diversas plataformas, también ha generado crecientes preocupaciones acerca de la desaparición de la intimidad, la necesidad de garantizar la privacidad online y la protección de los datos personales. Las redes sociales traen nuevas preocupaciones acerca del acoso a través de *trolls* y de ejércitos de *bots*³, la manipulación de la opinión pública a través de encuestas y noticias falsas⁴, y la incitación al odio y a la violencia⁵. Estas nuevas situaciones impactan en el ejercicio del derecho a la intimidad y la libertad de expresión en formas totalmente imprevistas, para las cuales la legislación y la doctrina clásicas acerca de estos derechos se torna en gran parte obsoleta. Esta situación ha despertado el interés de distintos actores que han dedicado un enorme esfuerzo intelectual a dilucidar cuál es el mejor balance entre los derechos, las posibilidades y los intereses en juego.

96

El objetivo de este trabajo es presentar en forma sistematizada y desde una mirada crítica los avances jurisprudenciales y legislativos en materia de libertad de expresión en internet en Argentina. A tal fin, en primer lugar, exploraremos

¹ Véanse, por ejemplo, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo (CELE) et al, "Solicitud de audiencia temática 'Impacto de Internet en la Defensa y el Ejercicio de los Derechos Humanos' ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", 2014, disponible en <<https://www.palermo.edu/cele/pdf/Solicitud-Audiencia-Internet-DDHH.pdf>>; Cortés Castillo, Carlos y Bertoni, Eduardo Andrés (comps.), *Internet y derechos humanos: aportes para la discusión en América Latina*, Buenos Aires, Del Puerto, 2014.

² Véanse, por ejemplo, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Libertad de expresión e internet", CIDH/RELE/INF.11/13, 2013; Del Campo, Agustina (comp.), *Libertad de expresión e Internet: desafíos legislativos en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2018.

³ Véase, por ejemplo, Amnistía Internacional, "El debate público limitado: Trolling y agresiones a la libre expresión de periodistas y defensores de derechos humanos en Twitter Argentina", 2018, disponible en <<https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2018/03/online-pre1.pdf>>.

⁴ Véase, por ejemplo, CELE, "¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?", 2020, disponible en <https://www.palermo.edu/Archivos_content/2020/cele/septiembre/La-desinformacion-en-democracia.pdf>.

⁵ Véase, por ejemplo, Asociación por los Derechos Civiles, "Estado de la violencia online contra las mujeres en Argentina", 2017, disponible en <<https://adc.org.ar/informes/estado-la-violencia-online-las-mujeres-argentina>>.

brevemente los estándares y la regulación existentes a nivel internacional y doméstico aplicables a la libertad de expresión en internet. Aún no hay consenso acerca de cómo deberían enfrentarse jurídicamente importantes cuestiones ligadas a la libertad de expresión —como la desinformación y las noticias falsas, por ejemplo—. La ONU, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la OEA y la Comisión Africana de Derechos Humanos firmaron varias declaraciones conjuntas⁶, a fin de establecer lineamientos para la gobernanza de internet en este ámbito. A pesar de estos y otros avances, no cabe la menor duda de que, en el estado actual de cosas, se carece de una estructura y de normas jurídicas de carácter global que permitan hacerle frente de manera sistemática, coherente y uniforme a los problemas que plantea el ejercicio de la libertad de expresión en internet —horizonte ideal al que deberíamos apuntar, debido al carácter ubicuo del espacio a regular y la naturaleza transnacional de las compañías potencialmente involucradas en la eventual regulación—. En Argentina, la regulación es incipiente y fragmentaria, con algunas normas dispersas en los Códigos Civil y Penal, la ley de protección de datos, y algunos decretos y resoluciones de la administración. La mayor parte de la legislación existente, no obstante, requiere ser adecuada a los últimos avances tecnológicos; por ejemplo, nuestra ley de protección de datos es del año 2000, cuando todavía no existían la gran parte de las tecnologías mediante las cuales hoy se registran y almacenan datos personales en masa.

97

En segundo lugar, expondremos los resultados de un relevamiento de la jurisprudencia de los tribunales argentinos. Los jueces han intentado aportar soluciones a reclamos sin precedentes con las pocas herramientas jurídicas disponibles, y en ocasiones con una cierta ignorancia acerca de cómo funciona aquello sobre lo cual se intenta resolver.

Por último, sistematizaremos y analizaremos los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la Nación, que con mayor o menor grado de acierto han procurado avanzar en la regulación de las cuestiones involucradas en la libertad de expresión en internet.

A lo largo del análisis de la jurisprudencia y de la legislación proyectada, nuestra mirada estará centrada en las siguientes temáticas:

- a) *La responsabilidad civil de los intermediarios por las expresiones publicadas en las plataformas digitales*: Esta es una de las cuestiones más importantes en la regulación de la libertad de expresión en internet. Los intermediarios son los “servicios que median las comunicaciones online y que permiten

⁶ En este trabajo haremos referencia a la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet (2011), y a la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas”, Desinformación y Propaganda (2017). Otras declaraciones conjuntas sobre libertad de expresión e internet pueden ser consultadas en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp>.

diversas formas de expresión en línea”; aquellos que “llevan a cabo o facilitan transacciones entre terceros en internet” ya sea “porque dan acceso a, alojan, transmiten o indexan contenidos, productos y servicios generados por terceros: son los proveedores de servicios de conexión, los buscadores, las redes sociales, entre otros”⁷. En su posición de intermediarios, no solo obtienen acceso a una enorme cantidad de datos sobre los usuarios y sus interacciones, sino que también tienen el control y el gobierno sobre las reglas del juego⁸. Esta combinación de factores, preocupante desde el punto de vista de los derechos humanos, es lo que ha justificado los crecientes intentos de regulación estatal. En este punto, la discusión gira en torno a uno de los presupuestos de la responsabilidad civil: el factor de atribución, o bien “las razones que justifican que el daño que ha sufrido una persona sea reparado por alguien, es decir, se traslade económicamente a otro”⁹. Los factores de atribución pueden ser objetivos —en los casos en los que la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad— o subjetivos —cuando la responsabilidad surge de un juicio de reproche de la conducta, que se expresa a través de la culpa y el dolo— (Código Civil y Comercial, arts. 1721 a 1724). Las consecuencias de atribuirle responsabilidad a los intermediarios en base a uno u otro factor de atribución son de la mayor relevancia: mientras que optar por el criterio objetivo implicaría que estos respondan de manera automática por el contenido antijurídico que se difunde a través de ellos, la otra alternativa requeriría que hayan incurrido en algún comportamiento reprochable respecto de la divulgación de esta información.

- 98
- b) *La censura previa*: Esta problemática se presenta fundamentalmente en torno a la regulación de la desinformación, la propaganda y las noticias falsas, y a los pedidos relacionados con el derecho a la dignidad o el honor de una persona (por ejemplo, solicitudes de prohibir futuras alusiones a una persona en redes sociales).
 - c) *Los derechos de los usuarios de internet relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión*: Si bien son numerosos los interrogantes que se plantean en torno a este tema, nos enfocaremos en dos: el llamado “derecho al olvido” (*the right to be forgotten*) y el derecho a réplica. El primero, porque un gran porcentaje de la jurisprudencia existente sobre la libertad de expresión

⁷ Definición que provee el CELE basándose en el trabajo de la UNESCO y los Principios de Manila: véase Ferrari, Verónica y Schnidrig, Daniela, “Responsabilidad de intermediarios y derecho al olvido: Aportes para la discusión legislativa en Argentina”, CELE, 2015, disponible en < https://www.palermo.edu/cele/pdf/Policy_Paper_Derecho_al_Olvido.pdf>.

⁸ Srnicek, Nick, *Capitalismo de plataformas*, Buenos Aires, Caja Negra Editora, 2018, pp. 48.

⁹ Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, t. I, p. 637.

en internet se refiere a él. El segundo, porque si bien el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) —que regula el derecho de rectificación o respuesta— fue pensado originalmente para los medios de prensa tradicionales, esto no ha impedido que los tribunales lo apliquen por extensión a los medios digitales, y que la legislación proyectada aborde cómo se materializaría el ejercicio de este derecho en línea.

- d) *La responsabilidad penal de los usuarios de internet por sus expresiones en línea*: Los intentos de criminalización de expresiones en línea, principalmente en redes sociales, generan serias preocupaciones desde el punto de vista de la protección de la libertad de expresión. La judicialización de cuestiones vinculadas con la libertad de expresión en internet suele darse en el ámbito civil; sin embargo, es cada vez menos inusual encontrar causas penales en esta materia. Los proyectos de regulación de la libertad de expresión en internet también han alcanzado esta problemática.

II. Breve reseña de los estándares y la regulación a nivel internacional y doméstico aplicables a la libertad de expresión en internet

En esta sección, examinaremos brevemente los estándares constitucionales e internacionales aplicables a la libertad de expresión en internet —a fin de contextualizar los resultados del relevamiento que se expondrán en las siguientes secciones—, y reseñaremos la legislación existente en la materia a nivel nacional.

99

1. Los estándares constitucionales e internacionales aplicables a la libertad de expresión en internet

La Constitución Nacional no contiene en su texto ninguna disposición expresamente referida a la libertad de expresión. En su lugar, los artículos 14 y 32 se ocupan de la libertad de prensa. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha tendido a hacer una interpretación amplia de estos artículos, y se ha referido de manera genérica a estos como “la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”¹⁰. Más aún, en el caso *Ponzetti de Balbín* se afirmó de manera tajante que “el sentido cabal de las garantías concernientes a la libertad de expresión contenidas en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional ha de comprenderse más allá de la nuda literalidad de las palabras empleadas en esos textos”¹¹. Además, el

¹⁰ CSJN, “Mallo, Daniel s. amparo”, *Fallos* 282:392, considerando 3.

¹¹ CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, *Fallos* 306:1892, considerando 4 del voto concurrente de Caballero y Belluscio.

tribunal reconoció una dimensión tripartita de esta garantía: el derecho a ejercer la industria de prensa, el derecho individual a difundir el pensamiento y el derecho de la sociedad a la información¹². De este modo, la interpretación amplia que el máximo tribunal ha hecho de los artículos 14 y 32 conducen a que sea posible sostener que estos, pese a referirse únicamente a la prensa, tutelan también la libertad de expresión en el ámbito digital. En consecuencia, al ámbito digital también se aplicaría la prohibición absoluta de censura previa demandada por la Constitución, más allá de las responsabilidades ulteriores que pudieran corresponder.

La CADH, con jerarquía constitucional, consagra la libertad de expresión en su artículo 13 como 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”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), desde su primer pronunciamiento en el tema¹³, ha aludido a dos criterios de interpretación básicos de este artículo: por un lado, el estándar democrático, que implica que “[l]a libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”¹⁴, y en este sentido es crucial para asegurar la plena vigencia de los derechos humanos; por el otro, el estándar de las dos dimensiones, referente a que la libertad de expresión se proyecta como derecho de cada individuo a manifestar sus ideas y como derecho colectivo a conocer información y pensamientos ajenos¹⁵. En consecuencia, no habría dificultad alguna en incluir al ámbito digital en la literalidad del texto convencional, porque es lo suficientemente amplio como para permitirlo.

100

La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet (2011) (DCLEI) ha resuelto expresamente esta cuestión, pues sostiene que la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación (punto 1a). Sin embargo, se hace la importante aclaración de que “los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación —como telefonía o radio y televisión— *no pueden transferirse sin más a Internet*, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades” (punto 1c, énfasis agregado). Por ejemplo, en materia de contenidos ilícitos, la DCLEI recomienda desarrollar enfoques alternativos y específicos que se adapten a las características singulares de Internet, que a la vez reconozcan que no deben establecerse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de ese medio (punto 1d). Según la DCLEI, además, debe promoverse la autorregulación como herramienta para abordar las expresiones injuriosas (punto 1e).

¹² Ibíd, considerando 7.

¹³ Corte IDH, “La colegiación obligatoria de periodistas”, 13 de noviembre de 1985, Opinión Consultiva OC-5/85.

¹⁴ Ibíd, párr. 70.

¹⁵ Ibíd, párrs. 30-33.

El segundo párrafo del artículo 13 de la CADH veda la censura previa y prevé expresamente la posibilidad de sujetar el ejercicio de la libertad de expresión 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”. De este modo, las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión exigen no solo la satisfacción de un requisito formal (la ley previa), sino también uno sustancial, que se resume en el estándar de la *necesidad en una sociedad democrática*¹⁶, y que implica que las restricciones deben orientarse a satisfacer un interés público imperativo, deben ser el medio menos gravoso para alcanzar tal objetivo y deben ser estrictamente proporcionadas a la satisfacción de esa finalidad.

En la misma línea, la DCLEI sostiene que las restricciones a la libertad de expresión en Internet “solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad” (punto 1a). En el mismo sentido se expide el punto 1a de la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas”, Desinformación y Propaganda (DCLINF). La DCLEI agrega que “[a] evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el *impacto* que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses” (punto 1b).

101

Sobre la cuestión, la Corte IDH ha puesto de resalto que, en ocasiones, la procedencia de las responsabilidades ulteriores se ve particularmente limitada. Así, por ejemplo, las expresiones referidas al comportamiento de los funcionarios públicos son menos susceptibles a incurrir en algún tipo de responsabilidad¹⁷; de igual modo, las expresiones referidas a cuestiones de interés público se ven privilegiadamente protegidas como consecuencia de su capacidad para influenciar la opinión pública y los procesos democráticos¹⁸.

El tercer párrafo del artículo 13 establece la prohibición de “restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos”. La CADH contiene una enumeración meramente enunciativa de los “medios encaminados a impedir la comunicación y la

¹⁶ Véase Bertoni, Eduardo y otros, “Artículo 13. Libertad de pensamiento y expresión”, en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 417.

¹⁷ Corte IDH, “Herrera Ulloa c. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107, párr. 129.

¹⁸ Corte IDH, “Ricardo Canese c. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 111, párr. 88.

circulación de ideas y opiniones” que quedan incluidos en la prohibición. Además, la Corte IDH ha destacado que pueden “provenir también de actos particulares cuando el Estado omitiera su deber de garantía [...] o cuando este dejara de cumplir con su deber de protección”¹⁹. Esto puede tener repercusiones importantes en el ámbito digital, particularmente en lo que refiere a la actitud que el Estado debe asumir respecto de los intermediarios, por ejemplo, cuando estos unilateralmente deciden dar de baja determinado contenido. En efecto, la DCLEI complementa estos estándares con reglas sobre filtrado, bloqueo y censura (punto 3) y sobre neutralidad de la red (punto 5). Sobre lo primero, establece que “[e]l bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema—análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual” (punto 5a). Además, considera que los sistemas de filtrado de contenidos que no estén sujetos al control del usuario final “constituyen una forma de censura previa y no representan una restricción justificada a la libertad de expresión” (punto 5b). Respecto de la neutralidad de la red, la DCLEI sostiene que “[e]l tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación” (punto 6a).

102

Por último, el quinto párrafo del artículo 13 de la CADH establece que deberá prohibirse por ley la propaganda bélica, así como “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”. De modo similar, la DCLLENF afirma que “se podrán imponer restricciones a la libertad de expresión, siempre que sean conformes con los [estándares internacionales mencionados], con el fin de prohibir la apología del odio por motivos protegidos que constituya incitación a la violencia, discriminación u hostilidad (conforme al artículo 20(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)” (punto 1b). Sin embargo, como nota Susan Benesch, las prohibiciones del Pacto “deben explicarse para su aplicación a la moderación de contenido, que requiere reglas claras y específicas para tomar decisiones consistentes en una gran variedad de publicaciones en más de cien idiomas y muchos más contextos culturales. Además, [la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial] exige que se prohíban otras categorías de expresión, incluida ‘toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial’. Esto parece considerablemente más amplio que las disposiciones del PIDCP, por lo que los dos tratados deberían ser expresamente

¹⁹ Bertoni, Eduardo y otros, “Artículo 13...”, op. cit., p. 413.

reconciliados”²⁰. Debido a que tanto el Pacto como la Convención ostentan jerarquía constitucional en nuestro país, la jurisprudencia o la regulación que aborden este punto deberán llevar a cabo esta tarea de armonización. Este punto resulta sumamente relevante, por ejemplo, a la hora de valorar los términos y condiciones de servicio de las plataformas virtuales, ya que suelen incluir cláusulas referidas a la prohibición de expresiones discriminatorias o que inciten a la violencia²¹.

2. La legislación existente a nivel nacional

Como se ha mencionado, la legislación sobre libertad de expresión en internet es escasa y deficiente. La normativa puede dividirse en dos tipos: en primer lugar, existen normas que están dedicadas especialmente a la libertad de expresión en internet; en segundo lugar, hay leyes vigentes que, si bien no regulan exclusivamente la libertad de expresión, ni se refieren únicamente a la actividad online, tienen injerencias en ellas.

Dentro de la primera categoría, dos decretos de 1997 son relevantes para este sondeo de regulación en la Argentina. El primero declaró de interés nacional el acceso a internet de los habitantes de la República Argentina, en condiciones sociales y geográficas equitativas, con tarifas razonables y calidad de servicio (decreto 554/97, artículo 1). El segundo declaró que el servicio de internet está comprendido en la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (decreto 1279/97, artículo 1). Más tarde, en 2005, el Congreso expandió esa protección mediante la ley 26032, que considera comprendidas en dicha garantía a la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet (artículo 1). Estas normas se encuentran en línea con la DCLEI, que consagra la obligación estatal de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión, y destaca que el acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres (punto 6).

La ley 25690 también tiene una relación próxima a la libertad de expresión en internet, ya que establece la obligación de las empresas que proveen servicios de internet

²⁰ Benesch, Susan, “But Facebook’s Not a Country: How to Interpret Human Rights Law for Social Media Companies”, *Yale Journal on Regulation Online Bulletin*, 2020, p. 91, disponible en <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=jregonline>>.

²¹ Véase, por ejemplo, el reglamento de usuarios de Twitter, que establece, entre otros: “No puedes hacer amenazas violentas contra una persona o un grupo de personas. También prohibimos la glorificación de la violencia [...] No puedes fomentar la violencia contra otras personas ni amenazarlas o acosarlas por motivo de su raza, origen étnico, pertenencia a una casta, orientación sexual, género, identidad de género, afiliación religiosa, edad, discapacidad o enfermedad grave” (disponible en <<https://help.twitter.com/es/rules-and-policies/twitter-rules>>, consultado el 16 de marzo de 2021).

de ofrecer software de protección que impida al acceso a sitios específicos. En estos casos, el propio usuario autolimita su acceso a determinados sitios web (por ejemplo, los padres pueden utilizar el software para evitar que sus hijos accedan a determinados contenidos en línea). En este punto, corresponde aclarar que una de las herramientas más utilizadas por los gobiernos para censurar internet —es decir, el control o la supresión de lo que se puede acceder, publicar o ver en internet— es el filtrado automático de contenido en línea, mediante el cual, de forma general y automática, se impide el acceso a determinados dominios o se bloquea el contenido relacionado con ciertas palabras clave. Sin embargo, en Argentina no existe este tipo de censura²².

Dentro de la segunda categoría, encontramos el artículo 52 del Código Civil y Comercial que, como se verá más adelante, ha sido una herramienta útil, que ha permitido a los jueces ordenar a redes sociales o sitios web que permiten compartir videos que remuevan contenido, con fundamento en el derecho al honor y a la privacidad. El artículo mencionado dispone que cualquier persona física “lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos”.

Además, la ley 11723 sobre propiedad intelectual establece reglas sobre la responsabilidad civil y penal de quienes editen, comercialicen o reproduzcan contenido que viole propiedad intelectual por cualquier medio.

104

En materia de protección de datos personales, la ley 25326 —sancionada en el año 2000— enumera los principios generales, los derechos de los titulares de datos, y las reglas aplicables a los usuarios y los responsables de archivos, registros y bancos de datos; establece un órgano de control; crea sanciones penales y administrativas; y regula la acción de protección de los datos personales o de hábeas data. La ley emula el modelo de la Directiva sobre Protección de Datos de la Unión Europea (95/46/EC), pionera en la materia. Sin embargo, ha sido criticada por encontrarse desactualizada, luego de radicales cambios en la tecnología y en la actividad online desde su sanción. De hecho, la Unión Europea ha reemplazado la mencionada Directiva por la Regulación General sobre Protección de Datos (2016/679), que ha traído los cambios legislativos más importantes sobre la materia a nivel mundial en los últimos veinte años.

Finalmente, en materia penal, en 2008 se sancionó la ley sobre cibercrimen (ley 26388), que incorporó y enmendó diversos artículos del Código Penal para prohibir la distribución y la posesión de pornografía infantil; la interceptación de comunicaciones y sistemas informáticos; el acceso, la divulgación o la modificación ilegítimos de bases de datos; y el fraude electrónico, entre otros. Algunos de los términos y las expresiones

²² Freedom House, “Freedom on the Net 2019: Argentina Country Report”, disponible en <<https://freedomhouse.org/country/argentina/freedom-net/2019>>.

utilizados en la ley han sido criticados por ser demasiado ambiguos y prestarse a interpretaciones demasiado amplias. En 2013, la ley 26904 incorporó el delito de *grooming* al Código Penal. Se establece una pena de prisión para quien “por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual” del menor. Esta ley también generó preocupaciones debido a la vaguedad de los términos empleados. Por último, en 2018, la ley 27436 modificó el artículo 128 del Código Penal sobre pornografía infantil. Se trata de un delito que internet ha facilitado debido a la rapidez con la que se puede compartir la información y las herramientas tecnológicas que permiten a los pedófilos evadir las consecuencias del delito. El artículo castiga la simple tenencia de material pornográfico infantil, es decir, “toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”. El nuevo texto de la norma aumenta las sanciones para quien produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgarare o distribuyere, por cualquier medio pornografía infantil.

III. La jurisprudencia argentina en materia de libertad de expresión en internet

105

Esta sección expondrá los resultados de un relevamiento de la jurisprudencia de los tribunales argentinos sobre libertad de expresión en internet. Se presentarán los estándares jurisprudenciales desarrollados y aplicados hasta el momento sobre: a) la responsabilidad civil de los intermediarios por las expresiones publicadas en plataformas digitales; b) la censura previa; c) los derechos de los usuarios de internet relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión; y d) la responsabilidad penal de los usuarios de internet por sus expresiones en línea. La mayor parte de las resoluciones sobre la cuestión se han emitido en el ámbito de la Justicia Nacional. Como se adelantó, la actividad en internet está, en principio, protegida por las normas constitucionales que tutelan la libertad de expresión, por lo cual los tribunales han tendido, mayormente, a aplicar criterios jurisprudenciales existentes, procurando encontrar un modo de adaptarlos a las innovaciones tecnológicas.

1. La responsabilidad de los intermediarios por las expresiones publicadas en las plataformas digitales

Los jueces argentinos se han inclinado a favor de la responsabilidad subjetiva —en lugar de la objetiva— de los intermediarios por la divulgación de contenido en sus plataformas, desde el fallo de la CSJN en el caso *María Belén Rodríguez*

c. *Google*²³. Es decir, no tienen una obligación de supervisar o monitorear el contenido ilegítimo que se suba a la red, y solo serán responsables en aquellos casos en los cuales el sitio web “haya tomado *efectivo conocimiento* de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente”²⁴.

Este criterio está en línea con lo establecido en la DCLEI, que al sentar el “principio de mera transmisión”, declara que “[n]inguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo” (punto 2a). Además, sugiere a los Estados contemplar la posibilidad de proteger completamente al “amplio espectro de actores que participan como intermediarios de Internet”²⁵ respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas por el principio de mera transmisión, y agrega que “[c]omo mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre ‘notificación y retirada’ que se aplican actualmente)” (punto 2b).

106

Volviendo al estándar sentado por la CSJN, surge el interrogante sobre qué clase de notificación constituye el “efectivo conocimiento” que se establece como requisito para la existencia de responsabilidad en el intermediario. Si bien el tribunal no resuelve la cuestión en el caso mencionado, sí aclara que “[e]n ausencia de una regulación legal específica, conviene sentar una regla que distinga nítidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento”²⁶. Dentro de la primera categoría, se ubicarían contenidos como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o varias personas, que “hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia”, que “desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas”, o

²³ CSJN, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. S. daños y perjuicios”, sentencia del 28 de octubre de 2014, *Fallos* 337:1174.

²⁴ *Ibíd*, considerando 17.

²⁵ La DCLEI incluye en esta categoría a quienes “brindan servicios como acceso e interconexión a Internet, transmisión, procesamiento y encaminamiento del tráfico en Internet, alojamiento de material publicado por terceros y acceso a este, referencia a contenidos o búsqueda de materiales en Internet, transacciones financieras y facilitación de redes sociales”.

²⁶ “Rodríguez, María Belén”, *op. cit.*, considerando 18.

“montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual”²⁷. En la segunda categoría, la CSJN ubica los contenidos que impliquen “eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación”²⁸. Mientras que para el contenido manifiestamente ilegítimo no se requeriría una orden judicial y bastaría con la mera notificación “del damnificado o, según el caso, de cualquier persona”, en el segundo caso sí se requeriría de una previa resolución judicial que ordene eliminar el contenido en cuestión, y solamente ante el incumplimiento de dicha orden el intermediario incurriría en responsabilidad²⁹. Esto es así ya que lo contrario importaría consagrar a los sitios web como árbitros o censores de la opinión pública, con plenas facultades para decidir lo que puede y no puede ser dicho.

Los tribunales inferiores, por su parte, han seguido el criterio de la CSJN y le han atribuido responsabilidad a los intermediarios ante su negligencia al cumplir las medidas judiciales de eliminar cierto contenido ilegítimo. En este sentido, es destacable la sentencia *Analía Maiorana c. Yahoo*³⁰, de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la cual se condenó tanto a Yahoo como a Google por la demora en el cumplimiento de una medida cautelar que mandaba a bloquear determinados sitios web con contenido pornográfico que los buscadores arrojaban como resultado cuando se buscaba el nombre de la peticionante. Si bien eventualmente los intermediarios dieron cumplimiento a las resoluciones judiciales, se consideró que incurrieron en una demora excesiva, porque luego de un año de ordenada la medida cautelar, aún no había sido cumplida. De esta forma, se responsabilizó a los intermediarios por haber tenido un conocimiento efectivo del contenido ilegítimo y no haber tomado medidas oportunas y eficaces para bloquear el acceso a este.

Para que se configure el mencionado conocimiento efectivo, los tribunales han considerado necesario que se acrediten dos circunstancias. En primer lugar, se requiere la individualización de los sitios web que contienen el material ilegítimo. Por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se negó a otorgar una medida cautelar que ordenara a un buscador de internet “eliminar toda información publicada sobre el accionante en un blog y monitorear permanentemente la red para evitar que se reitere la conducta agravante”³¹. Esto se debe no solo a las dificultades

²⁷ Ibíd.

²⁸ Ibíd.

²⁹ Ibíd.

³⁰ CNCiv., “Maiorana, Analía c. Yahoo de Argentina SRL y otros”, sentencia del 19 de abril 2018, SAJ ID FA18020008, disponible en <www.sajj.gob.ar>, considerando VII.B.

³¹ Ibíd, considerando VII.

que el cumplimiento de tal medida acarrearía, sino también a que los intermediarios no tienen el deber de vigilar constantemente la red³². Así, se resolvió que para los intermediarios la existencia del deber de responder “se determina si teniendo éstos la posibilidad fáctica de ‘bloquear’ o ‘filtrar’ los contenidos injuriosos, actúan sin la diligencia que les es exigible”³³. Por eso, tampoco es admisible un pedido genérico de detección y retiro de enlaces, sin individualizar de modo concreto los sitios que el peticionante considere lesivos de sus derechos fundamentales³⁴.

En segundo lugar, corresponde que el contenido sea concretamente individualizado dentro de los sitios web en cuestión, por lo que no basta con hacer una referencia genérica a todo contenido ilegítimo que puedan contener. En este punto, es relevante la sentencia de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en *Guillermo Ernesto Sagüés c. Google*³⁵. En este caso, el juzgado de primera instancia había determinado la responsabilidad de los intermediarios por no acatar una medida cautelar que mandaba a bloquear no solo el acceso a determinados sitios sino también a cualquier otra información que se publicara a futuro en estos y que hiciera referencia al actor. La Cámara revocó la sentencia porque consideró que la medida no individualizaba adecuadamente el contenido injurioso, ya que se refería genéricamente a toda referencia al peticionante en dichos sitios y, en consecuencia, no quedaba configurado el conocimiento efectivo necesario para que exista responsabilidad civil. En este sentido, el voto del juez Gusman destaca que

[...] no basta cualquier pedido de bloqueo para achacar al buscador el deber de reparar, sino que deben concurrir dos circunstancias. Por un lado, el sitio que el sujeto considera injurioso debe encontrarse debidamente individualizado, mientras que, por el otro, el enlace o el contenido al que el buscador redirecciona debe resultar lesivo hacia quien pretende la reparación del perjuicio³⁶.

³² La cuestión de la existencia de un deber de los intermediarios de vigilar la red se ha planteado también en materia comercial. En este punto, la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha dicho que “no se advierte en el sub lite elemento alguno que permita asignarle a “Mercado Libre” un deber de control sobre cada uno de los avisos que se publican en su portal. De ser así, sería atribuirle una posición de garante de todas y cada una de las operaciones que efectúan en dicha plataforma cuando sus obligaciones se vinculan con la provisión de un espacio virtual a suscriptores que se registran para llevar a cabo ventas al público en general, para este tipo de prestación” (CNCom., “Vergara, Graciela Rosa c. Energrouy y otro s. ordinario”, sentencia del 20 de diciembre de 2019, SAIJ ID FA19130441, disponible en <www.saij.gob.ar>, p. 16).

³³ CFed., “M. M. L. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, sentencia del 19 de junio 2019, SAIJ ID FA19030001, disponible en <www.saij.gob.ar>, considerando VIII.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, “Sagüés Guillermo Ernesto y otro c. Google Inc. y otro”, sentencia del 13 de mayo 2015, MJ-JU-M-95026-AR, disponible en <aldiaargentina.microjuris.com>.

³⁶ *Ibíd.*, considerando III del voto del Dr. Alfredo S. Gusman.

Quien alega ese perjuicio, además, debe acreditarlo. La necesidad de demostrar que el enlace concreto al cual redirecciona el buscador le provoca un daño al actor es, así, lo que torna ineficaces las notificaciones genéricas de la existencia de contenido lesivo en uno o más sitios.

Por último, es interesante señalar que aún no existe jurisprudencia que condene a los intermediarios por negligencia ante la simple petición de un particular de eliminar contenido manifiestamente ilegítimo.

2. La censura previa

De acuerdo con los estándares constitucionales y de derechos humanos aplicables, los tribunales tienden a rechazar toda medida que se asimile a una censura previa de contenido subido a internet. Este es un punto escasamente controvertido. A título ejemplificativo, puede mencionarse el fallo *S. K. A.*³⁷, de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial. El caso se refería al pedido de un abogado para eliminar todo tuit de un excliente que se refiera a su persona, así como prohibir ulteriores alusiones a esta, bajo pena de aplicar sanciones conminatorias. La Cámara determinó que la medida cautelar era improcedente: sostuvo que “configuraría la censura previa —prohibida en nuestro ordenamiento jurídico— cuando el Dr. S.K. busca que no existan en Twitter ni en ningún medio de comunicación los comentarios efectuados y los que podría realizar en el futuro el Sr. H. relativos a su persona”³⁸.

109

3. Los derechos de los usuarios de internet relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión

Como adelantamos, si bien son numerosos los interrogantes que se plantean en torno a los derechos de usuarios en internet relacionados con la libertad de expresión, aquí nos enfocaremos en dos: el “derecho al olvido” y el derecho a réplica.

3.1 El “derecho al olvido”

Un gran porcentaje de la jurisprudencia existente sobre la libertad de expresión en internet se refiere al llamado derecho al olvido, que fue desarrollado por primera vez por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Google Spain*³⁹.

³⁷ CFed., “S.K.A. c/ H., C. P.”, sentencia del 16 de diciembre 2016, AR/JUR/84930/2016, disponible en <www.thomsomreuters.com.ar>.

³⁸ *Ibíd*, considerando VIII.

³⁹ TJUE, “Google Spain S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos”, sentencia del 13 de mayo 2014, ECLI:EU:C:2014:317, disponible en <eur-lex.europa.eu>. El caso versa sobre

El derecho garantiza, a la persona que lo requiera, que cierta información que se haya publicado sobre ella en internet sea removida, bajo ciertas condiciones, de modo de proteger su derecho a la intimidad, al honor y a la dignidad. Implica, así, el derecho que tienen los usuarios y el deber que tienen los intermediarios de bloquear contenido denunciado por contener información inexacta, injuriantes, o que no tiene o ha dejado de tener interés público relativo al peticionante. El derecho debe ser reconocido en el marco de un equilibrio con el derecho a la información y a la libertad de expresión, con particular cuidado en ámbitos tales como el periodístico, el de desempeño en la función pública o en lo relativo a temas de interés histórico⁴⁰.

Para el Tribunal Europeo, el damnificado puede recurrir “directamente al responsable del tratamiento, que debe entonces examinar debidamente su fundamento y, en su caso, poner fin al tratamiento de los datos controvertidos”⁴¹. Únicamente ante la negativa del intermediario al pedido de bloqueo es que se habilita la vía judicial para reclamarlo.

En líneas generales, este criterio fue adoptado por el Reglamento General de Protección de Datos del Parlamento Europeo⁴² (RGPD), el cual en su artículo 17 establece que las personas tienen el “derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento⁴³ la supresión de los datos personales que le conciernen” en aquellos casos en los cuales los datos ya no fueran necesarios en relación a los fines para los que fueron recogidos, su titular retirara el consentimiento para su tratamiento o estos fueran utilizados de manera ilícita, entre otras causales. El apartado 3 del artículo aclara, no obstante, que el derecho no se aplicará cuando el tratamiento de los datos “sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información”.

La CSJN, en cambio, ha receptado el derecho en forma diferente en el caso *María Belén Rodríguez*. Allí negó, como regla, la potestad de los intermediarios de bloquear contenido de dudosa ilicitud ante el simple pedido de un particular, ya que “no puede exigirse al ‘buscador’ que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces”⁴⁴. De esta forma, el derecho al olvido podría materializarse únicamente mediante una orden judicial o administrativa que ordene al intermediario a bloquear el contenido en cuestión, y no como resultado

un pedido efectuado por un abogado de desindexación de información referida a un antiguo embargo trabado sobre sus bienes, por deudas que al momento de la demanda ya se habían saldado.

⁴⁰ Para un análisis completo de la cuestión, véase CELE, “Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital”, 2012, disponible en <<https://www.palermo.edu/cele/pdf/DerechoalolvidoI.pdf>>.

⁴¹ “Google Spain S.L.”, op.cit., párr. 77.

⁴² Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 27 de abril de 2016, disponible en <<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>>.

⁴³ Estos responsables son las personas físicas o jurídicas o bien las autoridades públicas que determinen los fines y medios de la utilización, registro o conservación de los datos (RGPD, art. 4).

⁴⁴ “Rodríguez, María Belén”, op. cit., considerando 18.

de un simple pedido del particular —que, como está concebido en el derecho europeo, podría ser acatado directamente por el intermediario, sin necesidad de contradicción ni de un proceso judicial—.

Ahora bien, en lo que refiere a esta recepción modificada del derecho al olvido en la jurisprudencia local, los tribunales han utilizado los siguientes criterios a la hora de decidir sobre la admisibilidad de los pedidos de bloqueo o desindexación:

1. *Interés público comprometido*: En consonancia con criterios tradicionales en materia de calumnias e injurias, es frecuente que los tribunales rechacen los pedidos de desindexación si existe un interés público en la información en cuestión. Así, por ejemplo, en *Martínez Moreira*, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal determinó la improcedencia de un pedido de bloqueo de noticias referidas a la parte actora, en las cuales se mencionaban datos relativos a su persona que eran materia de controversia y de imputaciones penales. Según el tribunal, no correspondía que el pedido del actor prospere, pues “no se puede descartar la existencia de un cierto interés público en la información de los artículos periodísticos que se procura suprimir, habida cuenta de la índole de su contenido [...] las cuestiones relativas a la vida privada del actor aparecen contextualizadas en la impostura que se le atribuye”⁴⁵.
2. *Necesidad de demostrar la falsedad de la información*: En una línea similar al punto anterior, también se han rechazado pedidos de bloqueo cuando no se cumple con el requisito de demostrar la falsedad de la información injuriosa o calumniante. Así, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal rechazó un pedido de bloqueo de un grupo de Facebook en el cual se acusaba de pedófilo al peticionante, por considerar que la existencia de actuaciones penales por abuso sexual en las cuales este se encontraba imputado no permitían “determinar, *prima facie*, la falsedad de la información volcada en la red social”⁴⁶. Asimismo, en el fallo *T., M. A.* se afirmó que “no es razonable dictar una medida para que Google, como titular del motor de búsqueda que indexa contenidos, suprima la vinculación de los sitios web cuestionados [...] por la sola afirmación de que se trata de calumnias formuladas sin sustento alguno”⁴⁷.
3. *Infracción a los términos y condiciones del sitio*: Si bien no es frecuente el recurso a las propias normas del sitio web, existen algunas sentencias que las incorporan como criterios relevantes. Así, en *María Victoria*

⁴⁵ CFed., “Martínez Moreira, Adrián c. Grupo THX Medios S.A.”, sentencia del 17 de octubre de 2017, SAJ ID FA17030013, disponible en <www.saj.gov.ar>, considerando 7.

⁴⁶ CFed., “L.L.R. c. Facebook SRL y otro”, sentencia del 5 de octubre de 2018, disponible en <cpdp.defensoria.org.ar>, considerando V.

⁴⁷ CFed. “T., M. A. c. Google Inc.”, sentencia del 15 de julio 2019, disponible en <www.diariojudicial.com>, considerando III.

Vannucci c. Twitter, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal mandó a bloquear tuits no solo por su claro carácter injurioso, sino también porque no se ajustaban “a las reglas de funcionamiento de la red social, en cuanto específicamente prevén las ‘políticas relativas a las conductas de incitación al odio’, como modo de evitar actos de acoso a personas”⁴⁸. Lo interesante de este caso es la utilización de los mismos términos y condiciones de servicio de la red social como parámetro a la hora de determinar la admisibilidad de un determinado pedido de bloqueo. Si bien el fallo en cuestión tuvo en cuenta criterios adicionales —como mencionamos, que los tuits en cuestión eran claramente injuriosos—, nos sirve como una oportunidad para señalar los riesgos que implicaría la sola remisión a los términos y condiciones de servicio para hacer procedente el pedido de darlos de baja, independientemente de la posibilidad de determinar la falsedad del contenido y demás cuestiones que hasta ahora han sido tenidas en cuenta por los tribunales. Una postura que solo tuviese en cuenta dichos términos y condiciones dejaría al arbitrio de los intermediarios la reglamentación del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Volveremos sobre esto más abajo.

112 Puede verse, así, que los tribunales, en general, se inclinan por otorgarle a las publicaciones hechas en internet una protección similar a la que tradicionalmente han gozado las publicaciones escritas.

3.2 El derecho a réplica

El artículo 14 de la CADH regula el derecho de rectificación o respuesta, más comúnmente conocido como derecho a réplica. Si bien el artículo fue pensado originalmente para los medios de prensa tradicionales, esto no ha impedido que los tribunales lo apliquen por extensión a los medios digitales. Por ejemplo, en *L.N.L c. Google Argentina*, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal rechazó un pedido de medida cautelar para dar de baja enlaces a tuits injuriosos basándose en que internet “permite al actor comunicar su postura frente a los hechos imputados en la cuenta de Twitter en forma prácticamente ilimitada, a través de los mismos canales que utilizó la persona que los habría difamado, sin costo alguno”⁴⁹. Según el tribunal, tal réplica sería el medio de tutela

⁴⁸ CFed., “Vannucci, María Victoria c. Twitter Inc. S. acción preventiva de daños”, sentencia del 22 de diciembre 2017, disponible en <www.diariojudicial.com>, considerando II.vi.

⁴⁹ CFed., “L.N.L y otro c. Google Argentina SRL s. medidas cautelares”, sentencia del 31 de marzo 2014, SAJ ID NV7752, disponible en <www.sajj.gob.ar>, considerando 5.

del honor del peticionante que es menos gravoso a la libertad de expresión, y por ende, es la solución que corresponde.

Esta solución podría tener consecuencias injustas. Es dudoso que la mera réplica a través de la misma red social en la cual se configuró la lesión al honor sea un medio adecuado para la tutela del perjudicado, pues la publicación de una respuesta en la cuenta de la persona damnificada no constituye, en sentido estricto, una rectificación hecha por el “mismo órgano de difusión”. Tal órgano, en el entorno digital, sería la misma cuenta de la cual emanó el contenido antijurídico. Pensemos, por ejemplo, en una cuenta con millones de seguidores que publica contenido difamante sobre una persona que tiene una cuenta con pocos seguidores. El poder de alcance que tiene cada una de las expresiones no es el mismo. Esta situación dispar es justamente la que dio origen a la redacción del artículo 14. Por lo tanto, los jueces no estarían respetando su espíritu si no tienen en cuenta estos factores al decidir. La sentencia citada, lamentablemente, no tuvo en cuenta esas circunstancias. Sin embargo, en la jurisprudencia extranjera hallamos un ejemplo en el fallo de un juzgado de la ciudad de Pamplona, que ordenó a un usuario de Twitter a publicar en su propia cuenta, por el período de dos meses, que determinadas expresiones vertidas por ese medio habían vulnerado el honor de una persona⁵⁰.

4. La responsabilidad penal de los usuarios de internet por sus expresiones en línea

113

Si bien la judicialización de cuestiones vinculadas con la libertad de expresión en internet suele darse en el ámbito civil, es cada vez menos inusual encontrar causas penales en esta materia. En este sentido, una sentencia del Tribunal Penal Colegiado No. 1 de Mendoza se convirtió en la primera condena penal en el país por alegaciones hechas a través de una red social, cuando se condenó a una mujer por realizar publicaciones injuriantes en el muro de Facebook de otra. Es importante tener en cuenta que, para el juez de la causa, fue irrelevante que las publicaciones no hayan sido dadas de baja por la red social porque no contravenían las normas de uso del sitio. Argumentó que “las reglas de uso y control están dirigidas a verificar el uso indebido de la misma [...] desde un punto de vista económico”⁵¹ y

⁵⁰ Comunicación del Poder Judicial de España, “El Juez condena a la exconcejal de Pamplona Ana Pineda por intromisión en el honor de la edil Uxue Barkos con unos comentarios en Twitter”, 15 de octubre de 2012, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Juez_condena_a_la_exconcejal_de_Pamplona_Ana_Pineda_por_intromision_en_el_honor_de_la_edil_Uxue_Barkos_con_unos_comentarios_en_Twitter>.

⁵¹ Trib. Penal No. 1 de Mendoza, “Díaz Ephima María y Palacios Aldo c. Molina Mónica p. Injurias”, sentencia del 29 de noviembre de 2018, LS000-000, disponible en <www.diariojudicial.com.ar>, p. 10.

que, en todo caso “ese control empresarial, no suople ni desplaza al control que la C.N. le otorga a los jueces de este país para verificar si una conducta puede o no constituir un delito”⁵². Vemos aquí un criterio opuesto al empleado en *Vanucci*, en el cual precisamente se recurrió a los términos y condiciones del sitio como un factor para juzgar la antijuridicidad de un contenido. En este caso, en cambio, el juez entendió que el orden público penal argentino tiene primacía por sobre las normas específicas que regulan el sitio web.

Otra cuestión de interés en materia de responsabilidad penal de las personas en internet es el relativo a la autoría. Así, por ejemplo, el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas No. 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires absolvió a un imputado por amenazas cometidas a través de Facebook porque la cuenta en cuestión era de uso compartido, por lo que existía la posibilidad de que otra persona, y no el imputado, hubiera proferido tales amenazas⁵³. Si bien la decisión fue revertida por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, el punto abordado por el Juzgado en este caso no deja de ser relevante al evaluar las eventuales responsabilidades (civiles o penales) de las personas que administran o manejan cuentas que publican contenido ilícito, ya que plantea la necesidad de demostrar que la persona presuntamente responsable efectivamente actuó a través del sitio web.

114 Se ha tomado en cuenta, además, la potencial difusión global que tienen las publicaciones hechas en internet como factor relevante a la hora de evaluar el encuadre típico de un determinado hecho. Así, el Juzgado en lo Criminal y Correccional Nacional No. 11 determinó que cierto contenido intimidatorio publicado en Twitter encuadraba en el tipo penal de intimidación pública por el alcance global inmediato que tiene dicha red social. Sin embargo, la Sala III de la Cámara Criminal y Correccional Federal modificó la calificación al tipo penal de amenazas porque “las referencias presuntamente dañinas, aun cuando fueran proferidas en una red social cuyo efecto inmediato es el de difundir lo publicado masivamente, no semejan detentar entidad para causar en el ánimo del público receptor el recelo del acaecimiento de un mal de alcance general”⁵⁴. No hemos podido acceder a ciertos detalles del caso que nos permitan dilucidar si la Cámara modificó correctamente el encuadre típico, pero sí podemos sostener que esto dependerá, entre otras cuestiones, de quién es el usuario que publica los contenidos: ¿es una figura pública o prominente?, ¿cuántos seguidores tiene? Piénsese, por ejemplo, en la repercusión real e inmediata que tuvieron los tuits de Donald Trump el pasado 6 de enero cuando una multitud ingresó al Capitolio de

⁵² *Ibíd.*

⁵³ CApel. PCyF de la CABA, Sala III. “P.A.M. s. infracción arts. 149 bis CP; 128 párr. 3, delitos atinentes a la pornografía”, sentencia del 10 de noviembre de 2017, J-01-00072738-1/2014-2.

⁵⁴ CCCF, Sala II, “D, J. G. s. procesamiento y embargo”, sentencia del 10 de diciembre 2018.

Estados Unidos y generó una variedad de disturbios, que resultaron en numerosas personas heridas y cinco muertas⁵⁵.

Puede apreciarse, entonces, que la todavía incipiente jurisprudencia en sede penal sobre la materia comienza a plantear cuestiones que a futuro deberán dilucidarse en los tribunales.

Antes de concluir esta sección, quisiéramos destacar algunos pronunciamientos judiciales que trascendieron en los medios de comunicación y que se refieren a la persecución penal de personas que publicaron en Twitter frases presuntamente intimidantes a figuras políticas. En particular, en el año 2017 se privó de su libertad a un hombre que tuiteó que iba a matar al entonces presidente de la Nación⁵⁶, mientras que en septiembre de 2020 se detuvo al *youtuber* conocido como “El Presto” por decir que la actual vicepresidenta no sobreviviría a un estallido social venidero⁵⁷. Estas imputaciones son criticables desde la perspectiva de la doctrina penal dominante y manifiestan una respuesta punitiva desproporcionada, por lo que sería peligroso que se generalicen. En estos casos, se trataba de frases atípicas por la objetiva falta de idoneidad para influir negativamente sobre el ánimo de los sujetos pasivos: quienes las publicaron eran personas que, bajo todo aspecto, carecían de los medios para vulnerar la seguridad de los mandatarios y por ende llevar adelante los males amenazados. Si se utiliza a los mecanismos represivos del Estado para perseguir individuos que publican frases claramente inocuas sobre funcionarios públicos en ejercicio, se corre el riesgo de que las personas se autocensuren por el temor a ser objeto de imputaciones penales infundadas. Esto no quiere decir que no sea posible imputar a alguien por amenazas contra un funcionario público, ni tampoco que Twitter sea un medio absolutamente inidóneo para intimidar. El problema de los casos descritos es, como se mencionó, lo inocuo de las frases empleadas. Así, por ejemplo, es distinto el caso de un sujeto que se hacía llamar *vengadorfantasma* y que respondía a tuits de funcionarios públicos con frases amenazantes y fotografías de las que serían armas y de balas de su propiedad⁵⁸.

115

⁵⁵ Mai, Philip, “Twitter permanently suspends Trump after U.S. Capitol siege, citing risk of further violence”, *The Conversation*, 8 de enero de 2021, disponible en <<https://theconversation.com/twitter-permanently-suspends-trump-after-u-s-capitol-siege-citing-risk-of-further-violence-152924>>.

⁵⁶ El tuit decía “Macri te vamos a matar no te va a salvar ni la Federal” (“Detuvieron a un hombre que amenazó a Macri por Twitter”, *iProfesional*, 21 de octubre de 2017, disponible en <<https://www.iprofesional.com/actualidad/257902-detuvieron-a-un-joven-que-amenazo-a-macri-por-twitter>>).

⁵⁷ El imputado publicó una foto de la vicepresidenta con el epígrafe “Vos no vas a salir VIVA de este estallido social [...] TE QUEDA POCO TIEMPO” (“Detuvieron en Córdoba al youtuber que amenazó a Cristina Kirchner por Twitter”, *Perfil*, 10 de septiembre de 2020, disponible en <<https://www.perfil.com/noticias/politica/detencion-youtuber-miguel-el-presto-prestofelippo-amenaza-twitter-cristina-kirchner.phtml>>).

⁵⁸ “Detuvieron a un hombre acusado de amenazar a Mauricio Macri y Eugenia Vidal por las redes sociales”, *Infobae*, 27 de abril de 2018, disponible en <<https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2018/04/27/detuvieron-a-un-hombre-acusado-de-amenazar-a-mauricio-macri-y-a-maria-eugenia-vidal-por-las-redes-sociales>>.

5. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia relevada

La jurisprudencia en materia de libertad de expresión en internet es aún escasa. Quedan todavía por resolver cuestiones cruciales que hacen al ejercicio de este derecho en la web. Sin embargo, pueden observarse algunos criterios que comienzan a consolidarse.

En primer lugar, a partir del caso *María Belén Rodríguez*, la jurisprudencia argentina se inclina por establecer la responsabilidad subjetiva de los intermediarios. La postura contraria tendría como consecuencia que las plataformas tengan el deber (y por ende la potestad) de monitorear constantemente la red en búsqueda de contenido perjudicial para eliminar. Son claros los riesgos a los que conduciría este criterio.

También resulta valiosa la aplicación en el plano digital de estándares de protección similares a los de publicaciones escritas. Así, hemos visto cómo se han rechazado pedidos de desindexación en base al interés público de la información o bien a la no demostración de la falsedad de lo publicado. Sin embargo, es alarmante el recurso a los términos y condiciones de los sitios web, que podría conducir a que, en los hechos, los intermediarios reglamenten el ejercicio de la libertad de expresión en internet.

116 El ejercicio del derecho de réplica en el ámbito digital es un tema que la jurisprudencia deberá desarrollar más en profundidad. Se trata de una herramienta interesante para garantizar el derecho al honor contra eventuales injurias publicadas en internet, ya que la posibilidad de hacer publicaciones rectificatorias a través de un sitio web resulta más sencillo que para los casos de medios de comunicación tradicionales.

Por último, deberemos estar atentos a las cuestiones sobre las cuales la jurisprudencia aún no se ha pronunciado. Entre ellas, hemos destacado el tema de la autoría en los delitos vinculados a la libertad de expresión en internet. Más importante aún, resta por verse cómo responderán los jueces ante el potencial abuso por parte de las plataformas en la creación o aplicación de términos y condiciones para la utilización de sus servicios. En efecto, nuestra jurisprudencia no se ha expedido sobre si esos términos y condiciones pueden a ser objeto de análisis judicial por infringir los derechos de las personas. Esta cuestión está comenzando a plantearse a nivel mundial. En 2018, el Tribunal de Gran Instancia de París consideró que Facebook había empleado una cláusula abusiva al clausurar la cuenta de un usuario que publicó una pintura considerada obscena por representar un desnudo femenino. No obstante, el tribunal francés no condenó a la empresa a indemnizar al particular, pues consideró que este no se había visto perjudicado porque había podido crear una nueva cuenta inmediatamente⁵⁹.

⁵⁹ "Facebook evita ser condenado por censurar el cuadro de un sexo femenino", La Vanguardia, 15 de marzo de 2018, disponible en <www.lavanguardia.com/vida/20180315/441547297621/facebook-evita-ser-condenado-por-censurar-el-cuadro-de-un-sexo-femenino.html>.

A nivel local, el único precedente judicial⁶⁰ que puede mencionarse es *Julieta Arosteguy c. Facebook*⁶¹, de la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal. Si bien el fallo se refiere únicamente a un conflicto de competencia, el proceso en cuestión versa sobre una

[...] medida autosatisfactiva a fin de que la empresa [Facebook] cese en la práctica abusiva de censura respecto de ciertos contenidos publicados en ejercicio de la libertad de expresión, los restituya, levante las sanciones aplicadas (bloqueo de la cuenta por treinta días) y se abstenga en el futuro de concretar acciones similares sin la previa demostración de la responsabilidad civil o penal resultante de los contenidos objeto⁶².

El caso se refiere a la supuesta censura por parte del intermediario de publicaciones a favor de la legalización del aborto. En caso de que se condene a la empresa por estos hechos, estaríamos ante un precedente importante en esta materia a nivel local.

IV. Los proyectos de ley sobre libertad de expresión en internet

La legislación argentina en materia de libertad de expresión en internet es, como se ha señalado, incipiente y fragmentaria. Si bien desde 1997 contamos con normas como el decreto 1279/97, que declara que el servicio de internet “se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”, muchas de las iniciativas legislativas posteriores tendientes a reglamentar el ejercicio de este derecho no han prosperado. En esta sección analizaremos los proyectos de ley que se han propuesto en los últimos años y que versan sobre las temáticas seleccionadas.

117

1. La responsabilidad de los intermediarios por las expresiones publicadas en las plataformas digitales

Por varios años contaron con estado parlamentario los proyectos S-1865-2015 y S-942-2016, los cuales recibieron tratamiento conjunto debido a que ambos estaban

⁶⁰ Aproximadamente un año antes del fallo mencionado, la actriz pornográfica conocida con el nombre artístico María Riot demandó a Facebook por censura luego de que su perfil fuera bloqueado por treinta días debido a la publicación de una fotografía tomada durante una sesión artística. Sin embargo, un día después de que la demanda se hiciera pública, el sitio web restauró el perfil de la actriz, por lo cual el caso se tornó abstracto (“Tras la denuncia por censura, Facebook restauró el perfil de la actriz porno María Riot”, Clarín, 14 de septiembre de 2017, disponible en <www.https://www.clarin.com/sociedad/denuncia-censura-facebook-restauro-perfil-actriz-porno-maria-riot_0_Sk5UuO_9-.html>).

⁶¹ CFed., “Arosteguy, Julieta c. Facebook Argentina SRL”, sentencia del 14 de junio de 2018, disponible en <www.diariojudicial.com.ar>.

⁶² *Ibíd.*, considerando I.

dirigidos a regular la responsabilidad de los proveedores de internet⁶³.

El primero no definía a los proveedores, mientras que el segundo los conceptualizaba como

los intermediarios tecnológicos que permiten, entre otros, el acceso, la conexión o interconexión a redes de datos en entornos de Internet, así como la transmisión, almacenamiento, procesamiento o direccionamiento de mensajes de datos [...] también a los proveedores de servicios que permiten el acceso, alojamiento, publicación y búsqueda de contenidos (art. 1).

En el artículo 3 del dictamen conjunto de la Comisión Parlamentaria de Sistemas de Comunicación y Libertad de Expresión se contemplaba, asimismo, una enumeración no taxativa que incluía entre los “proveedores de servicios de internet” a los “proveedores de acceso, interconexión, transmisión y/o direccionamiento de contenidos”, los “proveedores de servicios de almacenamiento automático o memoria temporal (cache) de contenidos”, los “proveedores de servicios de publicación y alojamiento de contenidos”, los “proveedores de servicios de comercio electrónico, y los “proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos”.

118 A grandes rasgos, las iniciativas seguían la doctrina de *María Belén Rodríguez*, pues en ambos casos establecían la responsabilidad subjetiva de los proveedores por el contenido ilegítimo publicado por terceros. El proyecto S-1865-2015 disponía que los intermediarios no serían responsables “salvo que, siendo debidamente notificados conforme al procedimiento establecido en la presente ley, no adopten las medidas para eliminar ese enlace” (art. 4). Por su parte, el proyecto S-942-2016 preveía que no serían responsables “salvo que tuviesen conocimiento efectivo, en los términos de esta ley, de que los contenidos almacenados violan normas legales o derechos de terceros y no retiren o inhabiliten el acceso a dichos datos” (art. 2). Complementando las dos iniciativas, el dictamen conjunto indicaba que los “Proveedores de Servicios de Internet no tendrán en ningún caso la obligación de monitorear o supervisar los contenidos generados por terceros, de forma genérica, a fin de detectar presuntas infracciones actuales a la ley o de prevenir futuras infracciones” (art. 5).

Un punto muy importante en que los proyectos diferían era en los presupuestos para configurar la responsabilidad subjetiva de los intermediarios. El S-1865-2015, en consonancia con la doctrina de la CSJN, distinguía entre los contenidos

⁶³ Cfr. Orden del día n° 824, del 20 de octubre de 2016.

manifiestamente ilegítimos⁶⁴ de los aparentemente ilegítimos⁶⁵. En el primer caso, era suficiente con que el afectado pusiera en conocimiento al sitio web —a través de un buzón de denuncias que se debía crear a tal efecto— para que se cree una obligación de tomar medidas al respecto, mientras que en el segundo se necesitaba que el damnificado iniciara una “acción judicial a los efectos de que los proveedores [...] eliminen el enlace a los contenidos” (art. 9).

En cambio, para el proyecto S-964-2016, el “conocimiento efectivo” quedaba configurado “desde el momento en que sean notificados de forma fehaciente, por quienes se encuentran legalmente habilitados, del dictado de alguna de las medidas previstas en el artículo 6° de esta ley⁶⁶ o de otra resolución judicial firme que así lo establezca” (art. 3). El proyecto no definía en concreto qué debía entenderse por notificación fehaciente. Tampoco se especificaba quiénes serían aquellos que se encuentren legalmente habilitados. Sin embargo, al referirse a resoluciones judiciales, por el contexto creemos que estos términos podrían ser interpretados en un sentido procesalista, y así constituiría una notificación fehaciente toda aquella que la norma procesal considere tal, mientras que las personas legalmente habilitadas serían los oficiales notificadores. De este modo, no se contemplaba la posibilidad de que las personas pusieran directamente en conocimiento de los intermediarios la existencia de un contenido antijurídico. Esta alternativa fue la preferida por el dictamen conjunto, el cual solo prevé que las personas promuevan “una acción de amparo ante el juez federal con competencia en su domicilio” (art. 6) con el objeto de que bloquee el acceso a determinados sitios. Incluso, el dictamen va más allá del proyecto y establece expresamente que los mecanismos internos que los sitios web pueden crear para denunciar contenido no implican conocimiento efectivo (cfr. art. 7 *in fine*).

119

El proyecto S-942-2016, además, dejaba incólumes las potestades de autorregulación de los proveedores, a quienes les confería la posibilidad de “acordar libremente con los usuarios” (art. 5) los términos y condiciones de servicio, políticas de uso y mecanismos de autorregulación alternativos para el bloqueo o eliminación de contenidos o la suspensión de cuentas. La única limitación que se contemplaba para estas facultades era que los usuarios no tuvieran un nivel de

⁶⁴ Según el artículo 5 del proyecto, son aquellos que “en forma clara e indiscutible” faciliten la comisión de delitos, pongan en peligro de vida de las personas, hagan apología del genocidio o del racismo, revelen información reservada sobre informaciones judiciales en curso, exhiban pornografía infantil o “produzcan daños graves al honor, la intimidad o la imagen de las personas”. Nótese que esta enumeración es más amplia y ambigua que la hecha por la CSJN en *María Belén Rodríguez*, lo cual podría plantear diversos problemas, debido a las consecuencias que traía la identificación de un contenido como “manifiestamente ilícito”.

⁶⁵ Según el artículo 8, “aquellos que importen eventuales lesiones al honor, a la intimidad, a la imagen o a cualquier otro derecho”.

⁶⁶ Tal artículo se refería, a su vez, a las medidas cautelares que podrían ser dictadas por el juez tales como la suspensión o inhabilitación del acceso al contenido en cuestión.

protección menor al contemplado por la propia norma y por la ley de defensa del consumidor. La expresión “acordar libremente con los usuarios” no era adecuada, ya que los términos y condiciones de uso de los sitios web constituyen lo que el Código Civil y Comercial denomina contratos de adhesión (art. 984), respecto de los cuales los usuarios únicamente tienen la potestad de aceptar o rechazar, pero en ningún caso de negociar libremente. Esta deficiencia seguía apareciendo en el dictamen conjunto, que refería a la potestad de los proveedores de “acordar libremente sistemas de autorregulación”.

El proyecto recibió media sanción en la Cámara de Senadores y, pese a contar con un dictamen favorable de la mencionada Comisión Parlamentaria⁶⁷ y el respaldo de la Relatoría Especial de la ONU sobre libertad de expresión en conjunto con la Relatoría Especial de la CIDH sobre libertad de expresión⁶⁸, no fue tratado oportunamente por la Cámara de Diputados, y perdió estado parlamentario en febrero de 2019⁶⁹.

En la actualidad, existen dos iniciativas vigentes referidas a esta materia en el ámbito de la Cámara de Diputados: el proyecto 753-D-2018 y el 834-D-2020 (que reproduce el 5771-D-2016).

El primero establece que los “intermediarios y los prestadores de publicación y alojamiento de contenidos en Internet” (art. 1) están amparados por las garantías constitucionales que amparan a los periodistas, y le otorga una protección análoga a la de estos. El articulado del proyecto no define qué debe entenderse por “intermediarios”; en los fundamentos se indica, de manera escueta, que estos son “buscadores o motores de búsqueda”. En su artículo 1, dispone que no responden “por las opiniones o informaciones de los titulares del sitio o de terceros identificables, cuando su contenido es atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente”, ni tampoco cuando “sus autores fueran identificables o no se demuestre que conocía o debía conocer la condición anónima del autor del sitio”, ni cuando “las expresiones [sean] referidas a asuntos de interés público o no sean asertivas”. Como puede verse, el proyecto adopta en gran medida el criterio del caso *Campillay*⁷⁰, referido a la responsabilidad de periodistas. No obstante, es inadecuado aplicar este estándar a los intermediarios, cuya actividad es sustancialmente distinta. Los intermediarios y proveedores no publican contenido, sino que meramente se limitan

⁶⁷ Sesiones Ordinarias del 2016, orden del día No. 842.

⁶⁸ Documento disponible en <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-ARG-1-2018.pdf>>. En particular, enfatizaban que el proyecto preveía la intervención del poder judicial antes de la remoción de contenido digital, y que limitaba la responsabilidad de los intermediarios y establecía facultades de autorregulación en favor de estos.

⁶⁹ Aguerre, Carolina, “Los intermediarios en internet, un debate que seguirá pendiente”, *La Nación*, 16 de noviembre de 2018, disponible en <<https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/los-intermediarios-internet-debate-seguira-pendiente-nid2192063>>.

⁷⁰ CSJN, “Campillay, Julio c. La Razón y otros”, *Fallos* 308:789.

a indexarlo —en el caso de los motores de búsqueda— o a servir de plataformas para que los usuarios interactúen o compartan información, con lo cual no tiene sentido evaluar si el contenido antijurídico está o no fielmente atribuido a su fuente por estos. En el mismo sentido, tampoco corresponde ponderar si los autores de la publicación impugnada están identificados, o si el intermediario conocía o no su condición anónima —algo descabellado, si se tiene en cuenta, por ejemplo, los millones de sitios web que diariamente los buscadores indexan de modo automático⁷¹—. La iniciativa no solo demuestra una falta de conocimiento acerca de aquello que desea regular, sino que además es deficiente, pues solo establece, en el citado artículo, que los intermediarios tampoco responden “si no se demuestra que conocía[n] o debía[n] conocer el carácter ilegal del contenido”, sin hacer referencia a conceptos como conocimiento efectivo o notificación fehaciente.

El segundo proyecto mencionado sienta como principio general que los intermediarios —a los cuales se define como “aquellos que llevan a cabo o facilitan transacciones entre terceros en internet, ya sea porque dan acceso a, alojan, transmiten o indexan contenido, productos y servicios generados por terceros” (art. 2)— no responden por el contenido de terceros ni tienen el deber de supervisarlos (art. 3). Como excepción, establece tres supuestos de responsabilidad. El primero de ellos se da cuando hubieren “modificado o intervenido en dichos contenidos” (art. 3), lo cual es lógico pues, en estos casos, el intermediario se apropia del contenido por su actividad, y por ello tiene sentido que responda. El segundo ocurre cuando se los notifica fehacientemente por orden judicial de un “contenido notoriamente ilícito” (art. 4⁷²) y no lo eliminan, bloquean o desindexan en el plazo de tres días. El tercero queda configurado cuando una orden judicial manda a bloquear o desindexar contenido ilícito, y tal orden se incumple (art. 5). Además, el proyecto regula, en su artículo 6, el procedimiento judicial para solicitar la remoción de contenido ilegítimo, y dispone que la acción debe tramitar por la vía más abreviada que exista en la jurisdicción que se trate. Finalmente, el proyecto adopta la clasificación de la CSJN en *María Belén Rodríguez* sobre la responsabilidad de los intermediarios por contenido manifiestamente ilícito —la cual solo requiere la notificación fehaciente por parte de cualquier persona— y la responsabilidad por contenido no manifiestamente ilícito —que requiere para su configuración el incumplimiento de una orden judicial—.

⁷¹ Sobre cómo funciona esto, puede consultarse <<https://www.google.com/search/howsearchworks/crawling-indexing>>.

⁷² El artículo aclara que debe entenderse por contenido notoriamente ilícito la pornografía infantil, los datos que instiguen a la comisión de delitos, los que pongan en peligro la integridad física de las personas y aquellos que hagan apología del genocidio, el racismo u otras formas de discriminación o incitación a la violencia, en línea con lo establecido por la CSJN en *María Belén Rodríguez*.

2. La censura previa

La problemática de la censura previa se ha presentado, en la legislación proyectada, en torno a la regulación de las noticias falsas (*fake news*). Existe un proyecto de ley, identificado con el número 5228-D-2018, que se propone abordarlas.

El proyecto resulta sumamente problemático y, lamentablemente, adolece de un importante grado de desconocimiento sobre la materia que pretende regular. Así, por ejemplo, define a los proveedores de contenidos y aplicaciones de internet como las “personas humanas y jurídicas que producen, almacena[n] y/o transmiten información, archivos, datos, mensajes y piezas de software, a los que se puede acceder por internet” (art. 6, inc. 4). De este modo, la definición —que, nótese, incluye a las personas humanas— es tan amplia que en su literalidad abarca a cualquier usuario que sube contenido a internet. Esto, además de hacer a la eventual ley de aplicación imposible, redundaría en situaciones francamente absurdas, atento a las obligaciones que el proyecto le impone a los proveedores.

En lo sustancial, la iniciativa prevé la creación de una Comisión de Verificación de Noticias Falsas difundidas en medios digitales durante campañas electorales nacionales. Se trataría de un organismo imparcial dentro de la Cámara Nacional Electoral, integrado por periodistas y académicos —aunque no por personas con conocimientos técnicos sobre informática—, y que tendría como misión “preservar el valor de la verdad en noticias difundidas por medios digitales” (art. 4). Así, ya desde un principio pueden verse las dificultades que plantearía la idea de intentar imponer, desde un organismo estatal, una “verdad oficial”.

En todo caso, la Comisión tiene por objeto identificar noticias falsas en base a las denuncias realizadas de manera anónima, a través de una página web creada a tal efecto. El procedimiento establecido para esto es deficiente, ya que los criterios para verificar las noticias no son claros⁷³ o son poco pertinentes⁷⁴. Por lo demás, se faculta a la Cámara Electoral a fijar “[o]tros supuestos de indicios de noticias falsas” (art. 10, inc. 4), lo cual implica otorgarle un margen de discrecionalidad demasiado amplio a este organismo para incidir en el debate público.

Una vez identificada una noticia falsa, la Comisión debe darle aviso a la Cámara Nacional Electoral, la cual puede “[o]rdenar a los Proveedores de Internet que etiqueten y rotulen bajo la leyenda de ‘NOTICIA DE DUDOSA CREDIBILIDAD’ la información objeto de verificación” (art. 11, inc. 6a) o bien a “[r]equerir a los

⁷³ Así, por ejemplo, uno de los indicios previstos para declarar la falsedad de una noticia es la “[o]pinión de los usuarios contrastado con las posibilidades de comprobación de la existencia real de los hechos de la historia” (art. 10 inc. 1).

⁷⁴ Por ejemplo, otro de los criterios que la Comisión puede tener en cuenta es la “[e]xcesiva viralización en la transición [sic] de la noticia” (art. 10 inc. 2), la cual no es un dato que diga algo respecto de la veracidad de la noticia.

Proveedores de Servicios de Internet la reducción de la distribución de la noticia” (art. 11, inc. 6b). Sin perjuicio de las dificultades que dichas medidas podrían implicar en el terreno práctico —especialmente debido a la conceptualización que el proyecto hace de los proveedores—, también atentan contra el principio de neutralidad de la red y constituyen una forma de censura previa por medios indirectos, ya que dificultan o bien directamente impiden la difusión del contenido en cuestión.

Es, quizás, menos grave la previsión de que se incluya en la página web de la Cámara Nacional Electoral un listado de noticias de dudosa credibilidad (art. 11, inc. 6c), pues en este caso se trataría de una publicación en un portal de la propia Cámara, en la cual esta da a conocer su opinión respecto de la veracidad de ciertas noticias.

Debido a los problemas señalados, entendemos que la iniciativa no toma los suficientes recaudos para proteger la libertad de expresión. Sus disposiciones resultan contrarias a la DCLEI y la DCLLENF, especialmente en lo relativo a las reglas sobre filtrado, bloqueo y censura (véase punto II.1). El proyecto solo contiene dos artículos con fórmulas genéricas sobre el derecho de acceso a internet y el derecho a la libre creación y publicación de contenidos⁷⁵, y una previsión que afirma que la Comisión no tendría facultades para verificar “las columnas de opinión vertidas en medios que parten de posiciones ideológicas u razonamientos expresados en forma discursiva [sic]” (art. 9), aunque no aclara de manera suficiente cuáles serían los sitios web amparados por la ley.

123

3. Los derechos de los usuarios de internet relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión

Algunos proyectos hacen referencia a los derechos de los usuarios de internet. Disponen, entre otros, el derecho de los usuarios a la libre publicación de contenidos en la web, a la protección de los datos personales y al acceso a internet⁷⁶. Estos reconocimientos se hacen de modo genérico en la mayoría de los casos. Aquí, como adelantamos, nos centraremos en el derecho al olvido y el derecho a réplica.

3.1 El “derecho al olvido”

En el ámbito de la Cámara de Diputados encontramos el proyecto 32-D-2019 (que reproduce el 1859-D-2017), que establece el “Régimen Legal de Reconocimiento y

⁷⁵ Se trata de los artículos 7 y 8 del proyecto, los cuales reconocen el “derecho de acceso a internet como un derecho humano” y el “derecho a crear, transmitir y publicar contenidos digitales a través de internet”, respectivamente.

⁷⁶ Así, por ejemplo, el proyecto 32-D-2019 prevé en derecho de toda persona a “crear, transmitir y publicar contenidos digitales a través de internet y/o recibirlos” (art. 9). Otros proyectos, como por ejemplo el 5745-D-2017, se refieren al derecho de acceso a internet y regulan las condiciones que deben reunir los prestadores del servicio.

Protección de los derechos para las personas humanas y jurídicas que acceden a los servicios de creación y transmisión de contenidos digitales [...] por vía de internet” (art. 1) . En él se consagra, entre otros, el derecho al olvido digital, que consiste en la facultad de “solicitar a los motores de búsqueda y redes sociales de contenidos digitales que rectifiquen, actualicen y/o supriman información de Internet” (art. 15), cuando esta ya no tenga relevancia debido al transcurso del tiempo, cuando propicie el acoso de una persona o afecte gravemente su dignidad u honor, o bien cuando se hubieran modificado las circunstancias que dieron origen a la creación o transmisión de dicha información. Además, se prevé que el ejercicio del derecho se materializa a través de la simple comunicación fehaciente al intermediario, la cual puede efectuarse de manera digital y debe contener los datos del requirente y la individualización del contenido agravante. Una vez recibidas, las solicitudes deben ser resueltas en el plazo de cuarenta y ocho horas, sin perjuicio de que puedan someterse a “confirmación judicial por un procedimiento sumarísimo, cuando sea necesario esclarecer o precisar los términos de las mismas” (art. 24). Un problema del proyecto es que, si bien establece que los intermediarios “deben suprimir los contenidos digitales generados por terceros cuando hubieran sido debidamente notificados de una orden judicial o de autoridad pública con facultades legales a tal fin” (art. 19), no prevé un mecanismo judicial subsidiario para el caso en el cual el pedido de un usuario sea denegado. El procedimiento sumarísimo regulado por la ley únicamente se refiere a los supuestos en los cuales se necesite clarificar los términos de las notificaciones. De este modo, el proyecto legisla sobre el derecho al olvido siguiendo la línea de *Google Spain* y el RGPD, y no la de *María Belén Rodríguez*, excepto en lo que se refiere al recurso judicial cuando el pedido del usuario es denegado, que la normativa europea expresamente prevé.

124

En el ámbito de la Cámara de Senadores, existe el proyecto S-3116/19, que se propone garantizar el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen frente a las publicaciones abusivas, entendidas como “[t]odo contenido difamatorio, deshonoroso, injurioso y/o calumnioso, que atente o restrinja los derechos al honor, a la intimidad, la imagen, la dignidad de las personas y/o cualquier otro derecho” (art. 2), con exclusión de las publicaciones realizadas por la prensa. La iniciativa establece que los intermediarios “están obligados a crear y conservar en forma permanente y visible en sus respectivos sitios web, una cuenta de correo electrónico o formulario on line donde deberán recibir las denuncias o reportes de publicaciones abusivas” (art. 3), y a tomar medidas expeditas para impedir la difusión de tales contenidos. Esta última obligación se vuelve particularmente gravosa en el caso de las publicaciones producidas “a través de un perfil anónimo o creado con información falsa” (art. 6), en cuyo caso los intermediarios deben eliminarlas de manera inmediata. En estos supuestos, entonces, no se permite margen alguno de actuación: el contenido denunciado debe ser suprimido en todos los casos. Sin embargo, en ningún momento se aclara a quién le corresponde determinar la falsedad de la información. Ciertamente no parecería ser un órgano jurisdiccional, debido a la

inmediatez con la cual el intermediario debe proceder a dar de baja este contenido. El proyecto prevé, además, facultades en favor de la ENACOM para dar traslado de las denuncias a los intermediarios o bien proceder a la eliminación de contenido cuando estos no procedan a tomar acciones expeditas (art. 5). A pesar de las mencionadas dificultades, puede verse que aquí también se regula el derecho al olvido de manera similar a *Google Spain* y el RGPD, pues se ejerce sin intervención del poder judicial, y a lo sumo se prevé la intervención subsidiaria de un organismo administrativo. De todos modos, el proyecto aclara que las medidas que prevé no obstan al ejercicio de las acciones judiciales que pudieran corresponder.

Más allá de estos proyectos, que receptan el derecho al olvido en un sentido propio, otros prevén mecanismos judiciales similares a aquellos ya utilizados por los tribunales para ordenar el bloqueo, la supresión o desindexación de contenido antijurídico. Así, el proyecto 36-D-2019 (que reproduce el 5079-D-2017) regula la acción autónoma de tutela sustancial inhibitoria-autosatisfactiva, que tiende a proteger los derechos de las personas frente a publicaciones en internet. El recurso procede ante la justicia federal competente y tiene requisitos similares a aquellos de las medidas cautelares en general (art. 3). Además, la iniciativa prevé un procedimiento judicial expedito, fijándose un plazo máximo de cuarenta y ocho horas para resolver sobre la admisibilidad, un traslado a la contraparte por un término idéntico y una duración máxima del proceso de siete días contados a partir de la interposición de la demanda (art. 3).

125

Por su parte, el proyecto 3377-D-2018, además de crear el “Fuero sobre Derecho Informático y de la Comunicación Digital” en el ámbito de la justicia federal, regula el procedimiento judicial cautelar digital. Este consiste en la posibilidad de obtener una medida cautelar innovativa, que se concede en favor de “personas humanas y jurídicas que se vean afectadas o cuyos derechos individuales se lesionen por imágenes, videos, sonidos [...] o cualquier otra manifestación efectuada a través de plataformas de internet, sitios web y/o motores de búsqueda” (art. 5). El proyecto contiene además una enumeración no taxativa de los comportamientos que habilitan el ejercicio de la acción, tales como la propagación de comentarios discriminatorios, la difusión de datos personales en contravención de lo dispuesto por la ley de protección de datos personales, y la publicación de pornografía infantil. Por último, el proyecto otorga la posibilidad de iniciar el procedimiento de manera virtual “a través de la plataforma informática del Poder Judicial de la Nación” (art. 5).

3.2 El derecho a réplica

El único proyecto de ley que hace referencia al derecho de réplica en su proyección digital es el S-3116/19, que ya mencionamos en relación al derecho al olvido. Tal iniciativa prevé expresamente que el ejercicio en línea de este derecho se materializa

a través de publicaciones hechas por la misma cuenta de la cual emanó el contenido antijurídico. Establece que “la víctima de publicaciones abusivas podrá [...] solicitar al emisor de la publicación dañosa la rectificación del contenido *en condiciones de equidad*, de tal forma que sea esa misma persona quien asuma la carga de comunicar que la información divulgada por ella no era veraz, y que dicha actuación vulneró los derechos fundamentales de otra persona” (art. 7, énfasis agregado). La mención de las “condiciones de equidad” es de suma importancia, ya que parece remitir al concepto del “mismo órgano emisor” al que refiere el artículo 14.1 de la CADH. Este proyecto adopta un criterio distinto al de nuestros tribunales, que hasta ahora han considerado que una publicación hecha por otra cuenta en la misma plataforma digital puede satisfacer las exigencias de este derecho. Como mencionamos anteriormente, la solución del proyecto es la más apropiada.

4. La responsabilidad penal de los usuarios de internet por sus expresiones en línea

126 A partir de la sanción de la ley 26.904, que incorporó en nuestra legislación el delito de grooming, diversos proyectos han procurado tipificar diversas conductas digitales. En particular, los proyectos 4199-D-2019, 871-D-2020 y S-278/20 reprimen la difusión de contenido íntimo de naturaleza sexual. La criminalización de tales actividades no plantea una problemática desde la perspectiva de la libertad de expresión, pues no hay duda alguna de que la difusión de este tipo de contenido altamente intrusivo de la intimidad de las personas constituye una actividad antijurídica. Por ello, únicamente se hará énfasis en la primera de las iniciativas, el proyecto 4199-D-2019.

Este proyecto, además de tipificar la difusión de imágenes o videos íntimos de naturaleza sexual, propone incorporar una agravante genérica en el Código Penal para aquellos casos en los cuales un delito “se cometiera a través de Internet, redes sociales, cualquier sistema informático o medio de comunicación” (art. 1). Como el agravante se incluiría en la parte general del Código, se aplicaría a cualquier delito, y tendría una fuerte repercusión en tipos penales que se materializan a través de expresiones, tales como las amenazas, las calumnias e injurias, la intimidación pública, etcétera. La inclusión del agravante en la parte general, sin más, implicaría entonces un importante menoscabo a la libertad de expresión en internet, ya que es razonable suponer que conduciría a que las personas sean más reticentes a expresarse a través de este medio.

5. Algunas reflexiones sobre los proyectos relevados

Algunos proyectos de ley parecen apuntar en la misma línea que la jurisprudencia respecto de la responsabilidad de los intermediarios por el contenido publicado en sus plataformas. Debido a la importancia de esclarecer este importante punto, sería

conveniente que el Congreso avanzara rápidamente sobre la cuestión.

Con respecto a la regulación del derecho al olvido, en cambio, se ha visto que los proyectos se apartan un poco de la jurisprudencia argentina, y pretenden legislarlo en un sentido que guarda mayores similitudes con la forma en la cual se concibió en la jurisprudencia europea. La línea que siguen los proyectos implica otorgarle a los intermediarios amplias facultades para decidir sobre el contenido publicado en la red y por ende convertirlos en árbitros de la libertad de expresión en internet. Por esto, van más en línea con lo que hasta ahora ha resuelto la jurisprudencia argentina aquellos proyectos que se limitan a regular acciones tutelares o medidas cautelares digitales expeditas, tendientes a lograr una intervención de los tribunales previo al bloqueo o desindexación de cierto contenido digital.

Por otra parte, es destacable el camino preferido por los proyectos sobre el derecho a réplica, ya que plantean la posibilidad de ordenar que una cuenta generadora de contenido antijurídico sea aquella que deba publicar la rectificación. Esta solución es preferible y más acorde a la realidad de las redes que la asumida por los fallos relevados, que entendieron que el derecho a réplica podía ejercerse a través de la cuenta del propio damnificado en la misma plataforma digital.

Por el contrario, la legislación proyectada en materia penal se encuentra en un estado muy incipiente, pues apenas se han esbozado algunos tipos penales nuevos referidos a cuestiones concretas. Más importante aún, el mencionado agravante genérico para todo tipo de delitos cometidos a través de internet podría traer graves consecuencias para el ejercicio de la libertad de expresión en línea.

Finalmente, son preocupantes las iniciativas referidas a las noticias falsas, particularmente respecto de la posibilidad de que organismos estatales ordenen la limitación de la difusión de determinados contenidos sin lineamientos precisos.

127

V. Palabras de cierre

Los procesos deliberativos necesarios para la creación de nuevas reglas, sumados a la inevitable mirada del derecho hacia el pasado en busca de fenómenos para regular, contrastan fuertemente con la rapidez de los cambios y la mirada hacia el futuro de la tecnología. Sin embargo, contar con parámetros claros sobre lo que está o no permitido hacer en la red en materia de libertad de expresión es sumamente relevante. Los usuarios de internet tienen derecho a que existan reglas ciertas sobre lo que está o no permitido hacer. La situación actual de incertidumbre deviene en un perjuicio a la libertad de expresión. Es imperativo que los gobiernos se vuelquen de lleno a regular estas cuestiones con eficiencia y eficacia. Esperamos que el avance de la investigación y la práctica en materia de los derechos en la red permitan la consolidación de criterios jurídicos y la creación de reglas de derecho claras en la materia, que a su vez redunden en más y mejor libertad de expresión en internet.

VI. Referencias bibliográficas

Libros, artículos de doctrina e informes

Amnistía Internacional, “El debate público limitado: Trolling y agresiones a la libre expresión de periodistas y defensores de derechos humanos en Twitter Argentina”, 2018, disponible en <<https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2018/03/online-pre1.pdf>>.

Asociación por los Derechos Civiles, “Estado de la violencia online contra las mujeres en Argentina”, 2017, disponible en <<https://adc.org.ar/informes/estado-la-violencia-online-las-mujeres-argentina>>.

Benesch, Susan, “But Facebook’s Not a Country: How to Interpret Human Rights Law for Social Media Companies”, *Yale Journal on Regulation Online Bulletin*, 2020, p. 91, disponible en <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=jregonline>>.

Bertoni, Eduardo y otros, “Artículo 13. Libertad de pensamiento y expresión”, en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019

CELE, “Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital”, 2012, disponible en <<https://www.palermo.edu/cele/pdf/DerechoalolvidoI LEI.pdf>>

—, “Solicitud de audiencia temática ‘Impacto de Internet en la Defensa y el Ejercicio de los Derechos Humanos’ ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 2014, disponible en <<https://www.palermo.edu/cele/pdf/Solicitud-Audiencia-Internet-DDHH.pdf>>.

—, “¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?”, 2020, disponible en <https://www.palermo.edu/Archivos_content/2020/cele/septiembre/La-desinformacion-en-democracia.pdf>.

Cortés Castillo, Carlos y Bertoni, Eduardo Andrés (comps.), *Internet y derechos humanos: aportes para la discusión en América Latina*, Buenos Aires, Del Puerto, 2014.

Ferrari, Verónica y Schnidrig, Daniela, “Responsabilidad de intermediarios y derecho al olvido: Aportes para la discusión legislativa en Argentina”, CELE, 2015, disponible en <https://www.palermo.edu/cele/pdf/Policy_Paper_Derecho_al_Olvido.pdf>.

Freedom House, “Freedom on the Net 2019: Argentina Country Report”, disponible en <<https://freedomhouse.org/country/argentina/freedom-net/2019>>.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH, “Libertad de expresión e internet”, CIDH/RELE/INF.11/13, 2013; Del Campo, Agustina (comp.), *Libertad de expresión e Internet: desafíos legislativos en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2018.

Srnicek, Nick, *Capitalismo de plataformas*, Buenos Aires, Caja Negra Editora, 2018,

Trigo Represas, Félix y López Mesa, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004

Jurisprudencia

CSJN, “Mallo, Daniel s. amparo”, *Fallos* 282:392.

—, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, *Fallos* 306:1892.

—, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. S. daños y perjuicios”, *Fallos* 337:1174.

Corte IDH, “La colegiación obligatoria de periodistas”, 13 de noviembre de 1985, Opinión Consultiva OC-5/85.

—, “Herrera Ulloa c. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107.

—, “Ricardo Canese c. Paraguay”, sentencia del 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 111.

CFed., “L.N.L y otro c. Google Argentina SRL s. medidas cautelares”, sentencia del 31 de marzo 2014, SAIJ ID NV7752, disponible en <www.saij.gov.ar>.

—, “S.K.A. c/H., C.P.”, sentencia del 16 de diciembre 2016, AR/JUR/84930/2016, disponible en <www.thomsomreuters.com.ar>.

—, “Martínez Moreira, Adrián c. Grupo THX Medios S.A.”, sentencia del 17 de octubre de 2017, SAIJ ID FA17030013, disponible en <www.saij.gov.ar>.

—, “Vannucci, María Victoria c. Twitter Inc. S. acción preventiva de daños”, sentencia del 22 de diciembre 2017, disponible en <www.diariojudicial.com>.

—, “Arosteguy, Julieta c. Facebook Argentina SRL”, sentencia del 14 de junio de 2018, disponible en <www.diariojudicial.com.ar>.

—, “L.L.R. c. Facebook SRL y otro”, sentencia del 5 de octubre de 2018, disponible en <cpdp.defensoria.org.ar>.

—, “M. M. L. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, sentencia del 19 de junio 2019, SAIJ ID FA19030001, disponible en <www.saij.gob.ar>.

—, “T., M. A. c. Google Inc.”, sentencia del 15 de julio 2019, disponible en <www.diariojudicial.com>.

CCCF, Sala II, “D, J. G. s. procesamiento y embargo”, sentencia del 10 de diciembre 2018.

CNCiv., “Maiorana, Analía c. Yahoo de Argentina SRL y otros”, sentencia del 19 de abril 2018, SAIJ ID FA18020008, disponible en <www.saij.gob.ar>.

CNCom., “Vergara, Graciela Rosa c. Energroun y otro s. ordinario”, sentencia del 20 de diciembre de 2019, SAIJ ID FA19130441, disponible en <www.saij.gob.ar>.

130 CApel. PCyF de la CABA, Sala III. “P.A.M. s. infracción arts. 149 bis CP; 128 párr. 3, delitos atinentes a la pornografía”, sentencia del 10 de noviembre de 2017, J-01-00072738-1/2014-2.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, “Sagüés Guillermo Ernesto y otro c. Google Inc. y otro”, sentencia del 13 de mayo 2015, MJ-JU-M-95026-AR, disponible en <aldiaargentina.microjuris.com>.

TJUE, “Google Spain S.L., Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos”, sentencia del 13 de mayo 2014, ECLI:EU:C:2014:317, disponible en <eur-lex.europa.eu>.

Trib. Penal No. 1 de Mendoza, “Díaz Ephima María y Palacios Aldo c. Molina Mónica p. Injurias”, sentencia del 29 de noviembre de 2018, LS000-000, disponible en <www.diariojudicial.com.ar>.

Proyectos de ley

753-D-2018

3377-D-2018

5228-D-2018

32-D-2019

36-D-2019

4199-D-2019

843-D-2020

871-D-2020

S-1865-2015 (sin estado parlamentario)

S-942-2016 (sin estado parlamentario)

S-3116-2019

S-278-2020

Juicio por jurados y debida diligencia en el juzgamiento de la violencia de género. Las instrucciones al jurado

M. Cecilia González*

Resumen

El trabajo aborda el juicio por jurados ante mujeres acusadas de matar o lesionar a su pareja violenta. Particularmente, llama la atención sobre la necesidad de litigar y elaborar instrucciones al jurado con una perspectiva antidiscriminatoria, cuando parte de la controversia es el presupuesto fáctico y el normativo de la violencia de género. Desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH señaló que las instrucciones al jurado son resguardos contra la arbitrariedad y las valoraciones discriminatorias. Sin embargo, aún se observa un campo poco explorado acerca de los alcances de estos estándares. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el estudio de dos casos particulares advierten sobre el incipiente debate acerca de las instrucciones con perspectiva de género. En este trabajo se llama la atención sobre la ausencia de estas consideraciones en los manuales de instrucciones patrón y la necesidad de elaborar instrucciones específicas en este conjunto de casos. Particularmente, el documento aborda las instrucciones sobre la legítima defensa y sobre la valoración de la prueba desde una mirada compatible con la Convención de Belem do Pará.

Palabras clave: Juicio por jurados – Género – Mujeres imputadas – Violencia de género – Corte IDH Caso V.R.P. – Instrucciones.

* Maestranda en Derecho, Universidad de Palermo. Este trabajo fue elaborado para la materia Juicio por Jurados dictada por Nicolás Schiavo en la Universidad de Palermo durante 2020, sobre el que se hicieron posteriores revisiones.

I.- Introducción

¿Qué significa asumir perspectiva de género en el contexto del juicio por jurados?. Las reflexiones de este trabajo se inscriben dentro de una pregunta más general, que indaga sobre qué arreglos institucionales y qué tipo de litigio se requiere para evitar que durante el procedimiento del jurado se produzcan prácticas o decisiones discriminatorias contra las mujeres víctima de violencia. ¿Qué distinciones o continuidades se presentan si las mujeres están frente al jurado en calidad de testigas o acusadas? ¿Qué responsabilidades tienen jueces/zas y cada una de las partes a la luz del deber de debida diligencia?.

En concreto, abordaré aquí el eje vinculado al modo en que se pueden elaborar o litigar las instrucciones cuando una mujer aparece imputada por homicidio o lesiones contra su pareja violenta. Si tomamos en cuenta que “las instrucciones son el instrumento por medio del cual el/la juez/a comunica al jurado el derecho aplicable, en sus diversas variantes, que permite dotar de legalidad al proceso y de fundamentos legales al veredicto”¹, es pertinente preguntar qué tipo de legalidad y qué tipo de fundamentos pueden brindar las instrucciones para contribuir a garantizar un juicio sin discriminación por motivos de género. En la medida en que las instrucciones son “el derecho interpretado”, este trabajo indaga -a partir del análisis de dos casos-, sobre la elaboración de instrucciones que comuniquen al jurado una interpretación respetuosa de los principios de igualdad y no discriminación.

La búsqueda de instrucciones con perspectiva de género asume una justificación previa. La consideración de que hay una obligación de garantía estatal de generar mecanismos procesales que no produzcan revictimización secundaria ni sean discriminatorios. Con ese fin, es necesario que los hechos se juzguen considerando el contexto de desigualdad estructural en el que ocurren.

La primera parte de este documento está orientado a identificar los vínculos entre debida diligencia y garantías procesales del juicio por jurados según la Corte IDH en el “Caso V.R.P.”. En la segunda parte presentaré los casos “M.C.S.” y “J.A.K.” en relación a las instrucciones sobre la legítima defensa en contextos de violencia de género. Finalmente, presentaré un aspecto omitido en ambos casos, vinculado a la generación instrucciones especiales para la valoración de la prueba de la violencia.

¹ Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 515.

II.- El juicio por jurados y la debida diligencia según la Corte IDH

El 8 de marzo de 2018, en el “Caso V.R.P.”² la Corte IDH realizó por primera vez un control de convencionalidad sobre el procedimiento de juicio por jurados en función de las garantías previstas en el artículo 8 de la CADH. Entre otras consideraciones, sostuvo que el hecho que el veredicto absolutorio sea inmotivado no implica *per se* una violación del artículo 8.1³, lo que generó críticas⁴ y celebraciones⁵ desde distintos puntos de vista de la doctrina. Sin embargo, menos comentado fue un aspecto particular de la sentencia que estableció un vínculo entre el deber de debida diligencia respecto de las mujeres víctimas de violencia -en el caso una niña, víctima de violencia sexual- y las garantías del debido proceso en contextos procesales de juicio por jurados.

El tribunal interamericano encontró que el procedimiento interno de juicio por jurados en Nicaragua “no ofreció garantías suficientes para escrutar la decisión del jurado y, por ende, asegurar que la decisión no fuera arbitraria”⁶, porque no contenía “una regulación expresa sobre las instrucciones del juez profesional a los jurados, tampoco contemplaba preguntas que el jurado debiera contestar a través del veredicto, ni incorporaba referencia alguna sobre la prueba contraintuitiva, medidas todas que podrían haber puesto límites de racionalidad a una decisión y, que en definitiva, podrían haber fungido como garantías contra una decisión arbitraria”⁷. En consecuencia, la Corte determinó que durante el procedimiento y enjuiciamiento llevado a cabo por el Tribunal de Jurados no se respetó la garantía de debido proceso referida a la interdicción de la arbitrariedad⁸, y por lo que el

135

² Corte IDH, “Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, sentencia de 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 350.

³ Corte IDH, “Caso V.R.P.”, *op. cit.*, párr. 258.

⁴ Ferrer Beltrán, Jordi, “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH”, *Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N. 1, Madrid, Marcial Pons, 2020.

⁵ Harfuch, Andrés, “En videoconferencia analizaron el juicio por jurados y el proceso penal de la CABA”, *Servicio Informativo Judicial Digital*, Superior Tribunal de Justicia del Chaco, 2 de agosto de 2018, disponible en <http://prensa.justiciachaco.gov.ar/node/3102>, último acceso, 27 de noviembre de 2020.

⁶ Corte IDH, “Caso V.R.P.”, *op. cit.*, párr. 269.

⁷ Corte IDH, “Caso V.R.P.”, *op. cit.*, párr. 267.

⁸ Vinculado también a las garantías de debido proceso, la Corte IDH encontró que se había afectado la garantía de imparcialidad, porque habían ocurrido en el caso dos aspectos que tenían entidad suficiente de generar un temor fundado de parcialidad: la entrega a la jueza presidenta del jurado de una bolsa gris metálica y de dos hojas de papel rosado enviadas por el imputado para que las leyera en la sesión privada (párr. 250). En el presente trabajo, me centro en el señalamiento realizado por la Corte IDH respecto a la prohibición de arbitrariedad y el deber de motivar las sentencias vinculado a los deberes de la CBP.

Estado era responsable por violación del artículo 8.1 de la CADH, en relación a su deber de garantía (art. 1.1 CADH), y la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7.b de la Convención de Belem do Pará)⁹.

Focalizar en el vínculo entre las obligaciones de la Convención de Belem do Pará (en adelante, CBP) y la garantía contra la arbitrariedad de sentencia¹⁰, propone partir del diagnóstico presentado por la Corte IDH en el “Caso V.R.P.”. Concretamente, del señalamiento de las dificultades que presentan los enjuiciamientos en casos de violencia contra las mujeres, y las buenas prácticas que permitirían mitigar esas condiciones negativas en los procedimientos por jurados. Al respecto, la Corte IDH dijo:

264. Ahora bien, es necesario resaltar que el proceso penal por casos de violencia sexual lleva ínsito una serie de dificultades técnicas propias que hacen difícil su enjuiciamiento. Es común que existan escasas pruebas sobre lo sucedido, que el acusado afirme su inocencia, y que la discusión se circunscriba a la palabra de una persona contra otra. A ello se suman los prejuicios e ideas preconcebidas y estereotipadas propias del sistema patriarcal que existen en el imaginario social en torno a la violencia sexual. Los jurados son susceptibles de trasladar al procedimiento tales prejuicios e ideas y ser influenciados por ellos al momento de valorar la credibilidad de la víctima y la culpabilidad del acusado, condicionando de modo especial a quienes no poseen una capacitación especial en este tipo de delitos.

265. En razón de lo anterior, en el caso de juicio por jurados, algunos sistemas prevén, como buenas prácticas, medidas para mitigar el impacto de tales condiciones. Así, establecen, por ejemplo, el ofrecimiento de pruebas de expertos, llamadas pruebas contra-intuitivas, dirigidas a brindar información a los jurados sobre las particularidades de los hechos que se enjuiciarán, a fin de que puedan realizar una valoración de la prueba lo más objetivamente posible. Asimismo, se asigna al juez técnico la función de brindar instrucciones a los jurados sobre la forma de analizar determinadas pruebas en el procedimiento o bien se establecen preguntas que el jurado debiera contestar a través del veredicto. Por otra parte, en algunos sistemas se prevé una etapa especial, conocida en el sistema anglosajón como *voir dire*, para la selección de los

⁹ Corte IDH, “Caso V.R.P.”, *op. cit.*, párr. 271.

¹⁰ Concretamente, la Corte sostuvo que la garantía contra la arbitrariedad implicaba que las partes “pudieran comprender el resultado del proceso como una consecuencia racional de la prueba incorporada al mismo durante la etapa instructiva y lo ventilado en la audiencia de vista pública”. Para una mirada crítica sobre esta afirmación ver Ferrer Beltrán, “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias”, *op. cit.*, y Limardo, Alan, “Una confusión conceptual ¿y una oportunidad perdida? Comentario del caso ‘V.P.C y otros vs. Nicaragua de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’”, en Martínez, Santiago y González Postigo, Leonel, (dirs.), *Juicio Oral*, Ciudad de Buenos Aires, Editores del Sur, 2020.

jurados con carácter previo al juicio, en la cual las partes tienen la facultad de vetar a aquellas personas que les puedan significar parciales o no aptas para el juzgamiento del caso.

Si bien la participación popular es un mecanismo que en sí mismo promueve la democratización de la justicia¹¹, al igual que los procedimientos con jueces profesionales, requiere de diseños institucionales para evitar que sesgos o prejuicios de género conduzcan a prácticas y decisiones judiciales discriminatorias, y por lo tanto incompatibles con la CADH y la CBP.

El diseño del juicio por jurados tradicional en Argentina, presenta herramientas que -implementadas con perspectiva de género- permitirían controlar que se permeen estereotipos de género negativos que incidan indebidamente sobre el veredicto. En este sentido, se ha señalado que la paridad de género en la integración del jurado, el uso de las recusaciones en la audiencia del *voire dire*, y el control sobre la validez de las instrucciones dadas; y la audiencia de exclusión de la prueba son mecanismos decisivos para garantizar el acceso a la justicia sin discriminación a las víctimas de violencia de género¹². Algunas de estas propuestas, son concordantes con los mecanismos señalados por la Corte IDH en el “Caso V.R.P.”

La especial atención a los mecanismos procesales previos al veredicto, coinciden con las propuestas que indican la necesidad de “construir un sistema que tienda a la prevención más que al control de los posibles errores en la toma de decisiones” como “parte esencial de una estructura procesal democrática”¹³. Dadas las limitaciones recursivas y el carácter inmotivado del veredicto, el juicio por jurados requiere un modelo que privilegie los métodos de prevención frente a los de métodos de corrección posteriores a la sentencia. Dentro de los mecanismos de prevención aparecen como privilegiados las reglas probatorias y las instrucciones de los jueces técnicos a los jurados previamente a la deliberación¹⁴.

137

¹¹ Anitua, Gabriel Ignacio, *Jueces, fiscales y defensores*, Ciudad de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017; Porterie, Sidonie y Romano, Aldana, *El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*, Ciudad de Buenos Aires, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales- INECIP, 2018; Gargarella, Roberto, *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

¹² Monod Nuñez, Paula, “¿Es constitucional la imposibilidad de recurrir la sentencia absolutoria del jurado en casos de violencia de género, o contrariamente es violatoria de Tratados Internacionales con posible responsabilidad para el Estado Argentino?. Análisis de la legislación de la Provincia de Buenos Aires y proyectos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la CABA*, N° 16, 2020, disponible en https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=67e829dcba6c7a9d0bebf4a2a99b8d7b#indice_3, último acceso: 27 de noviembre de 2020.

¹³ Lorenzo, Leticia, “Impugnación y juicio por jurados. Un camino a recorrer”, en Lorenzo, Leticia, *Visiones acerca de las justicias. Litigación y gestión para el acceso*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, p. 264.

¹⁴ Lorenzo, Leticia, “Impugnación y juicio por jurados”, *op. cit.*, p. 252.

Resta decir, que la Corte IDH en el “Caso V.R.P.” censuró el procedimiento de juicio por jurados por la *ausencia total* en Nicaragua de una reglamentación expresa sobre las instrucciones al jurado y la prueba contraintuitiva. En esos términos, el señalamiento genera algunos interrogantes: por un lado, si la calificación de esas herramientas como “buenas prácticas” no es un relajamiento para su exigibilidad. Por otra parte, cuáles son los estándares de debida diligencia cuando el ordenamiento ya provee expresamente esas herramientas. Dicho de otro modo, en los ámbitos -como ocurre en Argentina- donde existe la previsión que el/la juez/a profesional debe realizar instrucciones al jurado sobre aspectos constitucionales, procesales y de ley sustantiva, la pregunta es qué requisitos deben reunir estas instrucciones a la luz de la CBP.

III.- Mujeres imputadas en contextos de violencia de género

Hace décadas la teoría legal feminista en el campo del derecho penal impugnó que las mujeres que se defienden de su pareja violenta, habitualmente no son alcanzadas por la causal de justificación de la legítima defensa¹⁵. Las interpretaciones androcéntricas del derecho dejan por fuera de este supuesto situaciones paradigmáticas en las que las mujeres se encuentran frente a un riesgo para su vida o integridad física (o la de sus hijos/as), como es la violencia de género. Bajo un modelo interpretativo moldeado por el supuesto de defensa donde se encuentran dos hombres, en igualdad de condiciones, y generalmente en la vía pública, los requisitos de actualidad de la agresión, y la necesidad y racionalidad del medio empleado, son interpretados de un modo que no contempla las experiencias de las mujeres.

La lectura del artículo 34, inc. 6, del Código Penal con perspectiva de género implica considerar la situación de subordinación en la que se encuentran las mujeres y el rol de disciplinamiento que la violencia genera en esa relación de sometimiento. También implica hacer valoraciones que no incluyan estereotipos de género sobre sus comportamientos. En Argentina se produjo una gran evolución en la materia, al punto que muchas de las cámaras de apelaciones o tribunales superiores han tenido algún pronunciamiento reconociendo la legítima defensa en contextos de violencia género y los fallos más recientes invocan los estándares de derechos humanos desarrollados intencionalmente¹⁶. Por supuesto aún persisten obstáculos, si se observa que la revocación de una condena tiene implícita la privación de la libertad o, cuanto menos, la aplicación de pena a través del proceso en sí mismo.

¹⁵ Larrauri, Elena, “Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del derecho”, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Buenos Aires, BdeF, 2008.

¹⁶ Di Corleto, Julieta, Lauría Masaro, Mauro y Pizzi, Lucía, “Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina”, *Boletín de Jurisprudencia*, Buenos Aires, Referencia Jurídica e Investigación, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Defensoría General de la Nación Argentina, 2020, p. 197.

Existe una robusta literatura que desde la teoría legal feminista formula críticas a la interpretación tradicional de la legítima defensa y brinda pautas relevantes para el análisis de estos casos¹⁷, también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene relevancia por su alcance federal¹⁸, y el Comité de Expertas del MESECVI realizó una Recomendación General¹⁹ central en la materia. En este sentido, recomendó:

...incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no pueden ser medidas con los mismos estándares tradicionalmente utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, ya que la violencia a la que se ven sometidas por el agresor en razón de su género, tiene características específicas que deben permear todo el razonamiento judicial de juzgamiento. Para ello la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser una herramienta útil.

Las fuentes mencionadas son guías de interpretación tanto para los juicios de

¹⁷ Para una sistematización de estos desarrollos puede consultarse Di Corleto, Julieta, Lauría Masaro, Mauro y Pizzi, Lucía, “Legítima defensa y géneros”, *op. cit.*, ver también Hopp, Cecilia, “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, en Pitlevnik, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 13, Buenos Aires, Hammurabi, 2012; Sánchez, Luciana y Salinas, Raúl, “Defenderse del femicidio”, en Christine, Chinkin y otros, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, 2012; Di Corleto, Julieta, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n°5, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006; Frigon, Sylvie, “Mujeres que matan: tratamiento judicial del homicidio conyugal en Canadá en los 90”, en S. Chejter (ed.), *Travesías. Temas del debate feminista contemporáneo. Mujer, cuerpo y encierro*, Buenos Aires, Centro de Encuentros Cultura y Mujer, Año 7, N° 9, 2000; Rioseco Ortega, Luz (1999). “Culminación de la violencia doméstica. Mujeres que asesinan a sus parejas – Defensas penales posibles”, en Facio, Alda y Fries, Lorena, *Género y Derecho*, Santiago de Chile, LOM ediciones - La Morada, 1999.

¹⁸ La Corte Suprema de Justicia de la Nación -con remisión a los dictámenes de la Procuración- se pronunció en tres oportunidades con relación a la legítima defensa en contextos de violencia doméstica. En dos casos donde había existido confrontación física al momento del hecho, consideró aplicable esa causa de justificación. En “Leiva” (fallo del 1/11/2011, L. 421. XLIV.) hizo lugar al recurso de la mujer acusada de matar a la pareja e indicó que la valoración que se había realizado de la prueba había sido arbitraria. En “R. C. E.” (fallo del 29/10/2019, causa N° 733), dejó sin efecto la condena por el delito de lesiones, encuadró la conducta en legítima defensa e hizo especial hincapié en las indicaciones de la Recomendación General n° 1 del MSECVI. Finalmente, en un caso que no implicó confrontación, como fue “Pérez” (fallo del 10/12/2020, causa n° 3073), la CSJN consideró que no había existido legítima defensa por la ausencia de agresión inminente, pero dejó asentado la posibilidad de aplicar la causal exculpante del estado de necesidad.

¹⁹ *Recomendación General N. 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará*, MESECVI/CEVI/doc.249/18, 5 de diciembre de 2018. El documento recoge jurisprudencia de altos tribunales de los Estados parte de la CBP, entre los que se encuentra jurisprudencia de la CSJN y de CS de la Pcia. Bs. As.

responsabilidad penal llevados adelante por jueces o juezas profesionales, como por jurados populares. Este trabajo aborda la pregunta sobre si los juicios con jurados populares recogen positivamente los antecedentes jurisprudentes y los desarrollos teóricos en materia de género.

IV.- Instrucciones sobre el artículo 34, inc. 6, del Código Penal

Las instrucciones patrón son aquellas cuya formulación está previamente establecida por un comité que elaboró la misma con el propósito de facilitar el entendimiento del jurado y dotarla de validez, y posteriormente son aprobados por las cortes²⁰. Su finalidad es generar un cuerpo de instrucciones que sean replicadas de la misma forma en todos los juicios, aunque jueces y juezas pueden tomarlas como referencia para construir unas más específicas al caso que les toca intervenir. En Argentina existen manuales que cumplen esa función, que fueron elaborados por el Instituto de Estudios Comparados de Ciencias Penales y Sociales (INECIP) junto con la Asociación de Juicios por Jurados²¹; y por el Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires²². En materia de instrucciones sobre legítima defensa, estos documentos no incorporan criterios específicos para los casos de violencia de género. Por lo tanto, en estos supuestos, habrá especial interés de las partes de apartarse de las instrucciones patrón y sustanciar instrucciones particulares para el caso específico. Así sucedió en los casos “M.C.S.” y “J.A.K.”.

140

1. El caso “M.C.S.”

El Jurado²³ tuvo por acreditado que “el 16 de septiembre de 2014 aproximadamente a las 03.30 horas M.C.S., quien residía junto a su esposo R.O.H., y mientras éste se encontraba en el interior de la segunda habitación del primer piso de la vivienda sita en (...) de Azul, le asestó a éste tres golpes en la zona tórporo-parietal derecha mediante la utilización de un hacha que tenían en la casa”. En el juicio, parte de lo controvertido entre las partes fue si los hechos habían ocurrido en un contexto de violencia de género. La defensa sostuvo que M.C.S. había sido víctima durante 40 años, y su teoría del caso fue que los hechos debían ser abordados como legítima defensa sin confrontación en

²⁰ Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, op. cit., p. 514

²¹ Harfuch, Andrés (dir.), *El jurado clásico. Manual modelo de instrucciones al jurado. Ley modelo de juicio por jurados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.

²² Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, *Manual de instrucciones al jurado: ley: 14.543*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

²³ Tribunal Oral n° 2 del Departamento Judicial de Azul, “S.M.C. – homicidio calificado por el vínculo – Azul”, acta de fecha 25 de agosto de 2017, Causa n° 445/2015, registro 3532.

contexto de violencia de género²⁴. El veredicto del jurado se pronunció por declarar a la acusada como culpable del delito de lesiones gravísimas calificadas por el vínculo, y el TOC n° 2 de Azul la condenó a la pena de siete años de prisión.

La defensa oficial interpuso recurso de casación contra el veredicto condenatorio y la condena impuesta. Entre varios agravios, planteó que en las instrucciones referentes a la legítima defensa, la agresión ilegítima fue tratada como un hecho puntual, cuando en realidad la mujer padecía un “estado permanente fundado de temor de agresión”, en el marco de un contexto de violencia intrafamiliar que quedó excluido del análisis del hecho en cuestión. Fundó la admisibilidad del recurso en los artículos 448, inc. 1, 448 bis, 450 y 454, inc. 4, del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, CPPPBA), y en la afectación del bloque supralegal dado por la CEDAW y la CBP. El defensor sostuvo que existía contradicción en las instrucciones dadas: por un lado, la jueza había instruido respecto de la agresión ilegítima “no tengo en cuenta el carácter de permanente que plantea la defensa”, y por otro, comunicó que era una “agresión sistemática y permanente”. En consecuencia, sostuvo que la contradicción de negar y luego afirmar el requisito de hecho que define la capacidad de rendimiento del concepto “agresión ilegítima” pudo haber llevado al jurado a confundir la verificación de esta proposición de hecho, e incidir en la aplicación de la causal de justificación o en el exceso en la legítima defensa.

141

De la lectura de las instrucciones, se observa que cuando se instruyó²⁵ la legítima defensa desproporcionada, la jueza reseñó la teoría del caso de la defensa, e hizo una acotación:

C.S. ha presentado como defensa que, cuando cometió los hechos que se le imputan como delito de “homicidio calificado por el vínculo”, lo hizo:

- entendiendo que actuaba ante la existencia de una agresión ilegítima contra su persona por parte de su marido R.H. *En este punto, no tengo en cuenta el carácter de permanente que plantea la defensa*²⁶.
- empleando el único medio que razonablemente tenía a su alcance y usándolo

²⁴ La controversia también giró en torno a si la imputación era por lesiones gravísimas u homicidio, en ambos casos agravadas por el vínculo. Esto así, porque el señor falleció meses después en el hospital - geriátrico donde quedó internado luego del ataque.

²⁵ La estructura de las instrucciones en relación a la acusación fue: 1) Homicidio doloso agravado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación; 2) Lesiones dolosas gravísimas calificadas por el vínculo; 3) Lesiones dolosas gravísimas calificadas por el vínculo, en circunstancias extraordinarias de atenuación (*el juez informó que lo rechazaba por no estar previsto normativamente*); 4) Homicidio doloso agravado por el vínculo en exceso en la legítima defensa (*el juez informó que rechazaba el carácter permanente de la agresión ilegítima*); 5) Lesiones dolosas gravísimas calificadas por el vínculo en exceso en la legítima defensa; 6) Legítima defensa necesaria; 7) Inimputabilidad por estrechamiento de la autonomía.

²⁶ El destacado me pertenece.

de la forma menos lesiva posible en el contexto en el que se encontraba para impedir que la lesionara
- y no habiendo provocación suficiente.

A renglón seguido instruyó sobre los posibles supuestos del exceso a la legítima defensa²⁷. Posteriormente, formuló la instrucción sobre legítima defensa completa. Explicó la causal en términos neutrales, y luego desde una perspectiva de género. En este supuesto, señaló que “en los casos de violencia de género una persona no solo se defiende de una agresión única y puntual, sino que se defiende de una agresión sistemática y permanente...”.

Al momento de revisar el recurso, la sala III del Tribunal de Casación Penal²⁸ rechazó el agravio de la defensa y sostuvo que se trataba de una “contradicción irrelevante”. Concretamente, dijo:

Al momento de puntualizar los requerimientos de la figura en trato, el juez no solo conceptualizó el contexto referido (violencia de género) sino que específicamente agregó, que para la acreditación de una agresión ilegítima bajo el prisma referido, no era necesario verificar un ataque físico en curso, ni tampoco resultaba exigible un deber de tolerancia, menor lesividad, o la acreditación de la pasividad de la víctima como condición de procedencia en lo referente a la racionalidad del medio empleado.

En este escenario, no existe negación y afirmación de una misma cuestión como alega la defensa, ni circunstancia que haya podido generar la confusión del jurado en relación a los requerimientos de la figura y las características propias del contexto de violencia familiar que describe con simpleza y claridad, tal como se advierte en la instrucción que vengo de reseñar.

Me interesa hacer algunos comentarios al control realizado por la Casación respecto de la instrucción, en función del agravio planteado por la defensa. Resulta

²⁷ Se presentaron dos supuestos. En primer lugar, se explicó que la acusada pudo tener un error sobre la existencia de una agresión ilegítima. En segundo lugar, se explicó el supuesto en el que la acusada estuvo frente a una agresión real y haya elegido emplear un medio que no era necesario para repelerla. El primer caso se trata, en rigor, de un supuesto de error de prohibición [propio del ámbito de la culpabilidad, donde según sea el error vencible o invencible tendrá consecuencia de pena o no, conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002]. El segundo supuesto, se trata de un exceso en la legítima defensa intensiva. Para ambos casos, en las instrucciones se sostuvo que “la ley penal dispone que la acusada no será responsable de “homicidio calificado por el vínculo” de manera intencional”, lo que no es técnicamente correcto. En realidad, lo que se asimila al delito culposo es el rango de pena, pero el tipo se mantiene en su modalidad dolosa.

²⁸ TCP de la Pcia. de Bs. As., Sala III, “S.M.C. s/recurso de casación”, sentencia del 27 de diciembre de 2019, causa n° 86766.

evidente que, al menos formalmente, existía una contradicción. El Tribunal se limitó a restarle peso, al hacer una lectura integral del conjunto de las instrucciones. Este análisis global parece correcto, si se considera que la evaluación “no debe realizarse en un modo aislado, sino que cada instrucción tiene que ser vista como la parte de un todo. De allí que solamente es posible revertir un veredicto cuando es posible señalar que la indicación ha sido confusa, engañosa o perjudicial, en lo que hace a la comunicación de los principios jurídicos pertinentes”²⁹.

Sin embargo, la contradicción recayó sobre un tema central para la resolución del caso, esto es, el carácter permanente de la agresión ilegítima en casos de violencia de género. La doctrina especializada, indican sobre la necesidad de abordar estos casos comprendiendo el carácter permanente y cíclica de la violencia de género en su modalidad doméstica. En términos de la dogmática penal, esta característica es especialmente relevante si se trata de un supuesto de no confrontación³⁰ como lo era el caso en estudio. Además, desde una perspectiva de igualdad ante la ley y debida diligencia, se exige abordar los casos de violencia reactiva como un problema de discriminación estructural. Los deberes de prevención, investigación y sanción de la violencia de género y la prohibición de discriminación (contenidos en la CBP y la CEDAW) dan carácter federal al agravio, por lo que merecía por parte del Tribunal de Casación un mayor esfuerzo argumentativo y rigurosidad en el control sobre la formulación de las instrucciones sobre legítima defensa.

143

Por lo tanto, era deseable que el análisis se realizara sobre tres ejes sucesivos: a) la adecuación de las instrucciones a los estándares en materia de casos de legítima defensa en contextos de violencia de género (solidez jurídica); b) el uso del lenguaje o sintaxis utilizada (lenguaje claro para garantizar comprensión); c) la consideración acerca de si la frase “no tengo en cuenta el carácter de permanente que plantea la defensa”, constituyó o no un sesgo de la jueza transmitido al jurado para que se resuelva en cierto sentido (instrucciones prohibidas). Recién luego de identificar si existía alguna falla en las dimensiones indicadas, correspondía advertir si tuvo capacidad de confundir o incidir en el jurado. Estos ejes de análisis toman las preocupaciones señaladas por Schiavo³¹ como centrales en el análisis que han realizado las cortes en la jurisprudencia comparada: comprensión, solidez jurídica y prohibición de instrucciones que generen presión indebida.

²⁹ Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, op. cit., p. 549 (citando a “United States v. Beaty”, 245 F.3d, 617, 612-22, 6th Cir., 2001).

³⁰ Correa Flórez, María Camila, *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017. En la Provincia de Buenos Aires, la Sala I del Tribunal de Casación, se pronunció favorablemente al reconocimiento de legítima defensa en casos sin confrontación, en “L.S.B.” (causa n° 40496, rta: 5/7/2016) y “Díaz” (causa n° 59157, rta: 17/10/2013).

³¹ Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, op. cit., pp. 525, 538.

Desde la dimensión que valora que las instrucciones sean coherentes con las exigencias de legalidad, desde una perspectiva que tome en serio la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos de las mujeres, una posibilidad era compararlas con las pautas dadas por el Comité de Expertas del MESECVI en su Recomendación General n° 1³². Como puede observarse del cuadro siguiente, la instrucción en el caso M.C.S. sobre legítima defensa, en términos globales cumplía con bastante suficiencia los estándares que las expertas interpretan que se derivan de la Convención de Belem do Pará. A continuación se comparan los criterios propuestos por el MESECVI y la instrucción dada en el caso “M.C.S.”. En la segunda columna, en negrita, se resaltan los aspectos que coinciden en lo sustantivo.

³² *Recomendación General N. 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará.*

Criterios MESECVI	Instrucción en M.C.S.
<p>Agresión ilegítima</p> <ul style="list-style-type: none"> - una agresión ilegítima no es sólo aquella que lesiona un bien jurídico, sino también aquella que pone en peligro un bien jurídico, un peligro concreto, un peligro que ex ante es objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo propio o ajeno. - la violencia basada en el género es una agresión ilegítima. - definición de violencia contra las mujeres de CBP (art. 2) 	<p>En cuanto a la agresión ilegítima en contexto de violencia de género no resulta necesario verificar un ataque físico en curso. (...) Se debe entender como violencia de género contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial como así también su seguridad personal y la de su familia directa. (...)</p> <p>De conformidad con la ley citada, para que pueda alegarse con éxito esta defensa debe demostrarse (...):</p> <p>C.S. advirtió que estaba por sufrir un daño inminente e inmediato (agresión ilegítima actual inminente) de parte de R.H. En los casos de violencia de género una persona no solo se defiende de una agresión única y puntual, sino que se defiende de una agresión sistemática y permanente en el marco de una relación asimétrica de poder en la que el hombre ejerce un control y dominación sobre la mujer.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las circunstancias de la violencia de género deben ser de tal naturaleza que llevan al ánimo de una persona prudente y razonable a la creencia o temor de que realmente se halla en peligro de muerte o de recibir cualquier daño corporal. - Esta creencia o temor si bien debe ser el de una persona razonable debe considerar las características de género explicadas. El peligro que justifica la actuación de un acusado bajo esta defensa puede ser real o aparente: pero debe haber mediado algún acto que haga pensar y creer a una persona de ordinaria prudencia, que si vida estaba en peligro o que podía sufrir algún daño corporal de gravedad. Se debe considerar si las circunstancias eran tales que hicieran pensar y cree a una persona prudente, que estaba expuesto a tal peligro y si razonablemente podía así creerlo.

Inminencia o actualidad de la agresión

La inminencia permanente de la agresión en contextos de violencia contra las mujeres, se caracteriza por dos elementos: la continuidad y el carácter cíclico.

Existe continuidad de la violencia ya que la conducta del agresor en situación de convivencia puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia; consecuentemente, la mujer víctima tiene temor, preocupación y tensión "constantes" lo que causa que continuamente espere una agresión.

- el requisito de la inminencia debe ser comprendido más allá del momento exacto de la agresión ilegítima, pues esta no ocurre en un momento aislado, sino que forma parte de un continuum de violencia donde se podría precisar el inicio pero no el fin de la situación.

- Se debe comprender la violencia en relaciones interpersonales como una problemática que tiene un carácter cíclico en la vida cotidiana familiar, por lo que es un "mal inminente" para las mujeres que la sufren. Cuando se cuenta con un patrón regular de violencia, así como con el conocimiento de la mujer de que la violencia va a ocurrir de nuevo, puede considerarse como razonable la convicción de la mujer de que su agresor la iba a asesinar.

- la comprensión y análisis del requisito de inminencia debe contemplar las desigualdades estructurales existentes para las mujeres, así como las dinámicas particulares de la violencia contra las mismas, especialmente en el ámbito doméstico o de relaciones interpersonales.

2) C.S. no ha causado más daño que el razonablemente necesario para evitar el daño actual e inminente que podía llegar a sufrir, aun cuando diera muerte o lastimara de manera gravísima a su marido. Es decir: existió una necesidad racional del medio empleado para impedir o evitar el daño, para parar la agresión.

Es necesario que C.S. no haya tenido a su alcance inmediato ningún otro medio de evitar el ataque más que dando muerte o lesionando a su agresor. Esto es, que no estaba a su alcance otro medio razonable de evitar esa muerte o lesiones gravísimas.

El acusado que plantea legítima defensa sólo podrá hacer uso de medios en proporción con la naturaleza o clase de ataque de que alega era víctima y no está justificado a emplear un mayor grado de fuerza que la necesaria para impedir sufrir un daño de entidad.

Entre las cuestiones de hecho a considerar por el jurado, se ha de considerar la diferente textura física y fuerza de un hombre y una mujer, las características o vínculos de su relación y las posibilidades de recurrir a otras ayudas externas que permitan o no realizar una acción menos lesiva. Para ello deberán tener en cuenta los procesos de victimización de las mujeres en contextos de violencia de género.

<p>Necesidad racional del medio empleado</p> <p>La proporcionalidad se encuentra ligada con la continuidad de la agresión sufrida por las mujeres. Es decir, que la proporcionalidad responde a un hecho permanente y continuado que supone ser víctima de violencia (...)</p> <p>La mujer víctima de violencia de género en el ámbito doméstico no puede tener la obligación de “aguantar” y no defenderse. Es decir, que cuando ocurre un contexto de violencia en el vínculo matrimonial o de convivencia en pareja, que conlleva la solidaridad entre los mismos, deja de existir este deber entre los mismos por lo que las mujeres no están obligadas a soportar malos tratos ni a abandonar el hogar en lugar de defenderse.</p> <ul style="list-style-type: none">- la necesidad racional del medio empleado no requiere la proporcionalidad entre la índole de la agresión y la respuesta defensiva, pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias. La aparente “desproporción” que ocurre en algunos de estos casos, entre la respuesta defensiva y la agresión, puede obedecer al miedo de la mujer a que de no ser eficaz en el medio que usar para defenderse, el agresor puede recuperarse prontamente y descargar toda su ira contra la mujer.- la defensa no puede ser calificada como irracional si la superioridad física del agresor le impide a la mujer víctima utilizar el mismo medio para defenderse- se debe seguir un juicio ex ante, colocándose en la situación de la persona autora, y en el momento del hecho.	<p>Y en cuanto a la necesidad racional del medio empleado no se puede exigir un deber de tolerancia, de menor lesividad, o de acreditar pasividad o debilidad como requisito de procedencia.</p>
<p>Ausencia de provocación suficiente.</p> <p>Rechazo a valoraciones estereotipadas sobre las mujeres que pretendan “justificar” la violencia de género por vía de argumentos que sostienen que la mujer provocó (la mujer generó que la agredieran, por su comportamiento, por su forma de vestir, etc).</p> <ul style="list-style-type: none">- evitar la aplicación de estereotipos de género dañinos para las mujeres y que perpetúan la subordinación de las mismas. La comprensión de la violencia de género como estructural y por la cual las mujeres no deben ser responsabilizadas bajo ninguna circunstancia.	<p>3) No hubo provocación suficiente de parte de C.S.</p> <p>4) Con provocación se refiere a cualquier acto de entidad y suficiente capaz de excitar al otro, irritarlo, estimularlo para que el agresor se enoje y reaccione. La ley se refiere a una provocación suficiente y no a cualquier provocación menor. También la falta de provocación debe ser en el momento inmediato anterior al acto de defensa contra el agresor.</p>

Sin embargo, la adecuación a las exigencias de la CBP pudo verse menguada porque -como se adelantó-, previamente se había hecho referencia a los requisitos de la legítima defensa en términos neutrales, y al momento de explicar el exceso en la legítima defensa la jueza señaló que “no tengo en cuenta el carácter de permanente que plantea la defensa” sobre la agresión ilegítima. Este aspecto crítico, pudo ser abordado por el Tribunal de Casación desde una dimensión que analizara la claridad de la comunicación, dado que una instrucción que solo introduce incertidumbre y confusión impide resguardar sus propios propósitos³³.

Schiavo³⁴ reseña tres tipos de errores de comprensión de las instrucciones: errores de lenguaje, errores estructurales y errores de omisión. En M.C.S., se advierten algunos problemas de estructura: por un lado, por la contradicción ya indicada, en cuanto se negó y luego se afirmó el carácter permanente de la agresión ilegítima. Por otro, la contradicción se verificó en términos más amplios, porque el resto de los requisitos de la legítima defensa se explicaron dos veces de manera distinta: se comunicó la interpretación legal de la legítima defensa enunciada en términos neutrales y posteriormente se comunicó el derecho interpretado respecto a la legítima defensa con perspectiva de género. La presentación duplicada, no parece conveniente a los fines de evitar errores en la comunicación al jurado.

148 En este aspecto, parece presentarse un problema identificado en las instrucciones cuando “se derivan de un enfoque poco sistemático del tribunal en [su] preparación (...), como de la inserción de indicaciones requeridas por las partes que no son adecuadamente incrustadas entre las de oficio y las del modo patrón”³⁵. Tal como se sugiere, para una mejor claridad en la elaboración de las instrucciones, “es relevante que se utilice: una presentación ordenada y lógica (...) Frases cortas, evitando el empleo de oraciones gramaticalmente complejas. Oraciones positivas en lugar de hacerlo con las negativas que pueden conducir a confusión”³⁶; además de realizar agrupamientos de las instrucciones por problemas planteados y no bajo una clasificación estanca³⁷.

El Tribunal de Casación también pudo analizar si la referencia “en este punto, no tengo en cuenta el carácter de permanente que plantea la defensa”, constituyó una instrucción prohibida. Está prohibido que mediante la instrucción la judicatura deje traslucir un sesgo para que la decisión se oriente en un determinado sentido³⁸,

³³ Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, op. cit., p. 518. Schiavo señala que las instrucciones cumplen múltiples funciones: a) sirven de fundamentación al veredicto que emite el jurado; b) son la herramienta de comunicación y conexión entre jueces y jurados integrándolos en una estructura única; c) son un mecanismo de educación de la Corte hacia los ciudadanos que cumplen esa importante labor.

³⁴ Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, op. cit., p. 521.

³⁵ Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, op. cit., p. 523.

³⁶ El Manual de Instrucciones al Jurado del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, proporciona una guía para la construcción de instrucciones.

³⁷ Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, op. cit., p. 523.

³⁸ Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, op. cit., p. 538.

sugiera valoraciones o efectúe alegaciones sobre los hechos³⁹. Los jueces y las juezas deben resguardar la imparcialidad epistémica del jurado como determinante de los hechos y solo transmitir el derecho interpretado mediante las instrucciones. La pregunta es si la comunicación hecha por la jueza en este caso (“no tengo en cuenta el carácter permanente de la agresión ilegítima”) pudo incidir en la determinación de los hechos realizado por el jurado⁴⁰.

Adicionalmente, el problema pudo ser abordado por el Tribunal de Casación no por el modo en que se construyó la instrucción, sino desde una desprolijidad en el modo en que se registró y transmitió al jurado el litigio entre las partes en la audiencia del artículo 371 bis del CPPPBA. En rigor, la judicatura no debe comunicar al jurado las objeciones presentadas por litigantes, ni su decisión sobre esa discusión. Estos aspectos deben dejarse asentadas en las actas, y preferentemente en las grabaciones, para las posteriores vías recursivas⁴¹. En “M.C.S.”, las instrucciones se comunicaron tal como quedaron conformadas las actas de la audiencia del artículo 371 bis, y este pudo ser el descuido que generó la contradicción de sentido.

Una vez identificada alguna falla en las dimensiones previamente detalladas, el Tribunal de Casación pudo analizar si alguna de ellas tuvo virtualidad de condicionar la decisión del jurado (conf. art 448 bis, inc. c, CPPPBA). Sobre este punto, reseña Schiavo jurisprudencia donde se señaló que “únicamente se puede anular un veredicto derivado de una instrucción cuando se verifiquen que la declaración correcta de la ley no está debidamente comunicada, y ella se refiere a un aspecto tan relevante del juicio que se afecta sustancialmente la posición de la defensa”⁴². La centralidad del carácter permanente de la violencia en estos casos, y el carácter federal de la debida diligencia en el enjuiciamiento, tenía “incidencia y entidad”⁴³ para analizar si las

³⁹ Penna, Cristian, “El juicio por jurados y sus etapas intrínsecas: el voir dire y las instrucciones al jurado”, en Martínez, Santiago y González Postigo, Leonel, (dirs.), *Juicio Oral*. Ciudad de Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p. 44.

⁴⁰ Esto así, sin pretender una diferenciación rigurosa sobre los hechos y el derecho, en tanto los roles del juez profesional y del jurado están diferenciados, pero es una relación de colaboración (Penna, Cristian, “El juicio por jurados”, *op. cit.*, p. 57). Al respecto, se dice que “la determinación de la culpabilidad que hace el jurado es tanto una cuestión de ‘hecho’ como de ‘derecho’, aunque quien interpreta el ‘derecho’ es el juez al elaborar las instrucciones, el jurado necesita de esa interpretación para poder llevar a cabo esa determinación” (Penna, Cristian, “El juicio por jurados”, *op. cit.*, p. 57, citando a González, Florentino, “El juicio por jurados. Breve noticia del origen y progresos del jurado, del modo de practicar la prueba en Inglaterra y los Estados Unidos, comparado con el de otras razones: y razones en favor de esta institución”, Buenos Aires, Imp., Lit., y Fundación de Tipos a Vapor, 1869, p. 132).

⁴¹ De Agostino, Manuela, “El Juicio por jurados en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Un análisis de las sentencias dictadas entre 2015 y 2017”, en Bombini, Gabriel y Carnevale, Carlos, *Juicio por Jurados*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, p. 248.

⁴² Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados*, *op. cit.*, p. 546 (citando a “United States vs. Williams”, 952 F.2d, 1504, 1512, 6th Cir., 1991).

⁴³ Conf. *mutandis mutandi*, TCP de la Pcia. de Bs. As., Sala I, “Mazzon”, sentencia del 27 de

fallas en la instrucción producían un condicionamiento en el jurado.

En síntesis, el Tribunal de Casación pudo asumir una función pedagógica⁴⁴ en un contexto de implementación del juicio por jurados donde operadores y operadoras están aprendiendo un nuevo paradigma de litigación. Con ese objetivo, pudo analizar la corrección de las instrucciones sobre legítima defensa, y especialmente si eran compatibles con la CBP. Si se considera que la defensa sostuvo su recurso invocando la vulneración de normas comprendidas en la CBP y la CEDAW, el Tribunal al abrir el recurso estaba convocado a controlar si las instrucciones cumplían con las exigencias convencionales. Sin embargo, se limitó a analizar si existía una contradicción relevante en términos formales, sin atender a un control del agravio federal. En este sentido, fue una oportunidad perdida para consolidar instrucciones acordes a los estándares internacionales sobre violencia contra las mujeres, que sirvan para casos futuros donde se juzguen por jurados a mujeres por matar/lesionar a sus parejas en contextos de violencia.

2. El caso “J.A.K.”

El 1° de febrero de 2014, aproximadamente a las 3 a.m., en el interior de la cocina de la vivienda en la calle... de la ciudad de Olavarría, J.A.K. le aplicó una puñalada a su padre, J.C.K., a la altura del tórax, con un cuchillo tipo tramontina, provocándole una herida que determinó su muerte. Al momento de declarar, la imputada relató que esa noche, comenzó una discusión con su padre, quien empezó a insultarla. Contó que se fue a la cocina y se quedó sola, que el padre fue hasta allí y la siguió agrediendo verbalmente, que ella le contestó, ante lo cual el padre le pegó una piña en el hombro izquierdo, que ella se corrió, que luego él se le fue encima y ella agarró un cuchillo que estaba en la mesa. En su declaración también hizo alusión a que el papá le pegaba a su mamá y a ella frecuentemente; que una vez le tiró un tiro a su mamá, que a ella una vez la dejó con los ojos hinchados. Explicó que muchas veces si iban de la casa pero que la mamá volvía.

A los efectos del juicio, las partes establecieron como estipulación probatoria que la muerte fue provocada por la puñalada que efectuó J.C.K. También se consideró probado que horas después del hecho se identificó que J.A.K. presentaba un hematoma en el brazo y otro en la pierna. Además, que tanto ella como el padre tenían alcohol en sangre. La controversia entre la fiscalía y la defensa giró en torno a si los hechos eran un homicidio intencional o si se trató de una legítima

octubre de 2015, causa n° 72016.

⁴⁴ Leticia, Lorenzo señala la función pedagógica de los jueces que tienen el desafío fundamental de indicar a los litigantes las exigencias del nuevo sistema, en “Impugnación y juicio por jurados”, *op. cit.*, p. 263.

defensa en contexto de violencia de género. El jurado tuvo que decidir entre estas dos opciones, y la variante de un exceso en la legítima defensa. El 26 de agosto de 2015, el jurado declaró a J.A.K no culpable del hecho que se le imputó por haber actuado en legítima defensa en contexto de violencia de género⁴⁵.

Una vez finalizado el debate, las partes pusieron a consideración del juez sus propuestas de instrucciones, que finalmente quedaron redactadas de la manera que a continuación se detalla. En el cuadro siguiente se las compara con los criterios propuestos por el MESECVI, y en la segunda columna se destacan con negrita los aspectos coincidentes.

Criterios MESECVI	Instrucción en J.A.K.
<p>Agresión ilegítima</p> <ul style="list-style-type: none"> - una agresión ilegítima no es sólo aquella que lesiona un bien jurídico, sino también aquella que pone en peligro <i>un bien jurídico</i>, un <i>peligro concreto</i>, un peligro que <i>ex ante</i> es objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo propio o ajeno. - la violencia basada en el género es una agresión ilegítima. - definición de violencia contra las mujeres de CBP (art. 2) 	<p>a) en primer lugar, que existió una agresión proveniente de la víctima en un contexto de violencia de género. Es decir una agresión injusta de J.C.K hacia J.A.K. que ésta no tenía por qué soportar ...</p>
<p>Inminencia o actualidad de la agresión</p> <p>Existe continuidad de la violencia ya que la conducta del agresor en situación de convivencia puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia; consecuentemente, la mujer víctima tiene temor, preocupación y tensión “constantes” lo que causa que continuamente espere una agresión.</p> <ul style="list-style-type: none"> - el requisito de la inminencia debe ser comprendido más allá del momento exacto de la agresión ilegítima, pues esta no ocurre en un momento aislado, sino que forma parte de un <i>continuum</i> de violencia donde se podría precisar el inicio pero no el fin de la situación. - Se debe comprender la violencia en relaciones interpersonales como una problemática que tiene un carácter cíclico en la vida cotidiana familiar, por lo que es un “mal inminente” para las mujeres que la sufren. Cuando se cuenta con un patrón regular de violencia, así como con el conocimiento de la mujer de que la violencia va a ocurrir de nuevo, puede considerarse como razonable la convicción de la mujer de que su agresor la iba a asesinar. - la comprensión y análisis del requisito de inminencia debe contemplar las desigualdades estructurales existentes para las mujeres, así como las dinámicas particulares de la violencia contra las mismas, especialmente en el ámbito doméstico o de relaciones interpersonales. 	<p>... y que la puso en actual o inminente peligro de muerte o de grave daño corporal y que ese estado de necesidad era actual o inminente pues de lo contrario, cesa también el derecho de defensa.</p>

⁴⁵ Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial de Azul, “K.J.A. - Homicidio calificado por el vínculo- Olavarría-, Causa n° 370/2014.

152

<p>Necesidad racional del medio empleado</p> <p>La proporcionalidad se encuentra ligada con la continuidad de la agresión sufrida por las mujeres. Es decir, que la proporcionalidad responde a un hecho permanente y continuado que supone ser víctima de violencia (...)</p> <p>La mujer víctima de violencia de género en el ámbito doméstico no puede tener la obligación de “aguantar” y no defenderse. Es decir, que cuando ocurre un contexto de violencia en el vínculo matrimonial o de convivencia en pareja, que conlleva la solidaridad entre los mismos, deja de existir este deber entre los mismos por lo que las mujeres no están obligadas a soportar malos tratos ni a abandonar el hogar en lugar de defenderse.</p> <ul style="list-style-type: none"> - la necesidad racional del medio empleado no requiere la proporcionalidad entre la índole de la agresión y la respuesta defensiva, pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia contra las mujeres en dichas circunstancias. La aparente “desproporción” que ocurre en algunos de estos casos, entre la respuesta defensiva y la agresión, puede obedecer al miedo de la mujer a que de no ser eficaz en el medio que usar para defenderse, el agresor puede recuperarse prontamente y descargar toda su ira contra la mujer. - la defensa no puede ser calificada como irracional si la superioridad física del agresor le impide a la mujer víctima utilizar el mismo medio para defenderse - se debe seguir un juicio ex ante, colocándose en la situación de la persona autora, y en el momento del hecho. 	<p>B) En segundo lugar, debió haber una necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima porque ese derecho de defensa en ningún caso permite causar más daño que el necesario para defenderse. Habrá que considerar entonces, la gravedad del ataque, la naturaleza e importancia de lo que se defendía (en este caso la vida o integridad física), las condiciones personales de la agredida y del agresor, las circunstancias del ataque y del medio empleado en la agresión si lo hubiese y que el modo de defenderse hubiera sido apropiado en relación al tipo o gravedad de aquella agresión.</p>
<p>Ausencia de provocación suficiente.</p> <p>Rechazo a valoraciones estereotipadas sobre las mujeres que pretendan “justificar” la violencia de género por vía de argumentos que sostienen que la mujer provocó (la mujer generó que la agredieran, por su comportamiento, por su forma de vestir, etc).</p> <ul style="list-style-type: none"> - evitar la aplicación de estereotipos de género dañinos para las mujeres y que perpetúan la subordinación de las mismas. La comprensión de la violencia de género como estructural y por la cual las mujeres no deben ser responsabilizadas bajo ninguna circunstancia. 	<p>C) En tercer lugar, debió haber falta de provocación suficiente del que ejerce la defensa, o sea de parte de J.A.K., lo que quiere decir “incitar, inducir a uno que ejecute una cosa, 2) Irritar, o estimular a uno con palabras u obras para que se enoje” (Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, 2992, p. 1194). Si después de analizar cuidadosamente cada prueba presentada y admitida...</p>

Las instrucciones en el caso J.A.K. en poco siguen los lineamientos de la Recomendación General n° 1 del MESECVI para interpretar la causal de justificación desde una perspectiva de género. Es muy relevante la referencia a que la defensa ocurre en contexto de violencia de género, aunque no define el alcance del concepto

y tan solo indica que no hay obligación a soportar la agresión. En lo referente a la inminencia de la agresión, no explica que lo que hace que la agresión pueda ocurrir en cualquier momento es que la violencia de género es continua y cíclica. Al definir lo que significa que el medio empleado para la defensa sea racional o necesario, lo vincula a la relación existente entre la entidad de la agresión y la respuesta defensiva, y no pone de resalto que la proporcionalidad está ligada con la continuidad de la violencia de género. Finalmente, decir que la ausencia de provocación implica que quien se defiende no debe irritar con palabras u obras para que el agresor se enoje —en el contexto de lo discutido en el juicio de J.A.K.— podía conducir al jurado a una valoración estereotipada sobre la conducta de la imputada. En definitiva, más allá de la referencia al contexto de violencia de género, la explicación de los requisitos del artículo 34, inc. 6, del CP luce androcéntrica, y podría dejar afuera muchos supuestos en el que las mujeres se defienden de una agresión sexista.

Sin embargo, pese a las debilidades que pudo tener la instrucción sobre legítima defensa, el jurado absolvió a J.A.K. por entender que obró justificadamente. Esta circunstancia, permite considerar que si bien es relevante cómo se interpreta el derecho en las instrucciones, no es determinante en la decisión del jurado. Como señalan Porterie y Romano, “así y todo, que se brinden a los jurados instrucciones con perspectiva de género tampoco inclina el juicio en una determinada dirección”⁴⁶. Para las autoras, “los jurados tienen una expectativa sobre la prueba que es mayor a la que tienen los jueces profesionales”⁴⁷. Si esto es así, un análisis integral del desarrollo del juicio, quizá nos llevaría a que la prueba para acreditar la teoría del caso de la defensa de J.A.K. tuvo muy buena calidad y brindó mayor certeza que la de la acusación.

153

En términos comparativos con el caso M.C.S., tenemos que allí las instrucciones brindaron un derecho interpretado con perspectiva de género, pero que el jurado concluyó en una condena. Más allá de las diferencias en términos de calidad probatoria que uno y otro caso pudiera presentar, es relevante considerar que en M.C.S. se trató de un caso de legítima defensa sin confrontación, circunstancia que torna determinante que el jurado adquiriera una visión comprensiva del carácter permanente de la violencia de género en las relaciones interpersonales, mucho más que en casos de confrontación. Por otra parte, también es relevante considerar que mientras que en el J.A.K. la imputada declaró en juicio, no fue así en el caso de M.C.S. Oír de primera mano el relato —y no a través de las alegaciones de los abogados/as—, también pudo causar un impacto diferencial en el jurado.

⁴⁶ Romano, Aldana y Porterie, Sidonie, *Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho*, en prensa, artículo elaborado en el marco de las Jornadas Justicia Penal, Géneros, y Enseñanza del Derecho, organizadas por Doctrina Penal Feminista e INECIP, 2020.

⁴⁷ Romano, Aldana y Porterie, Sidonie, *Juicio por jurados y género*, op. cit.

V.- Instrucciones sobre la valoración de la prueba

En ambos casos que se analizan en este trabajo, se observa que las instrucciones sobre la valoración de la prueba siguieron las instrucciones de los manuales. Sin embargo, los obstáculos identificados en materia probatoria en casos de violencia de género⁴⁸ y los altos niveles de impunidad en la materia⁴⁹ podían haber motivado a las partes a proponer, o la judicatura a formular de oficio, instrucciones específicas sobre la valoración de cierta evidencia⁵⁰.

En procedimientos de jueces profesionales, se verifican problemas probatorios en el juzgamiento de mujeres, y otras identidades LGBTIQ. El MESECVI⁵¹ indicó que la prueba de la agresión ilegítima es uno de los principales problemas y señaló algunos ejemplos: la consideración de que la falta de testigos merma la certeza del momento en el que ocurrió la agresión ilegítima; o que la falta de denuncias previas por parte de las mujeres o el no haber pedido ayuda a familiares muestra la falta de gravedad de la agresión. Por su parte, un informe de la Defensoría General de la Nación encontró⁵² como problemas probatorios en estos casos: la acreditación del contexto de violencia, la credibilidad que se le asigna a la versión proporcionada por las víctimas (imputadas) y/o por otros testigos, la aplicación del principio *in dubio pro reo* en el ámbito de las causas de justificación, y la valoración mediante

154

⁴⁸ Defensoría General de la Nación Argentina, *Femicidio y debida diligencia. Estándares internacionales y prácticas locales*, Ciudad de Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa - Amnistía Internacional, 2015.

⁴⁹ Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina, *La violencia contra las mujeres en la justicia penal*, Buenos Aires, Dirección General de Políticas de Género, 2018.

⁵⁰ Un tema previo a las instrucciones sobre la valoración probatoria, es el debate sobre qué prueba puede ingresar a juicio y cuál está prohibida a fin de no generar revictimización o producir prejuicios en el jurado. Ejemplo de las limitaciones que pueden establecer jueces y juezas se observa en la causa n° 7337 del Tribunal en lo Criminal n° 3 de Mar del Plata, donde se juzgará por jurados un abuso sexual a una adolescente. Allí, el magistrado interviniente rechazó la prueba propuesta por la defensa tendiente a acreditar la vida privada y sexual de la víctima; asimismo, admitió la solicitada por la fiscalía vinculada a la declaración de una psicóloga y sexóloga y una antropóloga especializada en género, a fin de brindar al jurado conceptos científicos sobre madurez sexual y capacidad del consentimiento. Ver: <http://www.juicioporjurados.org/2021/01/abuso-en-el-camping-el-durazno-se.html> (última consulta: 16 de mayo de 2021). Sin embargo, si pese a las restricciones impuestas por la magistratura la información vedada ingresara de todas formas en el juicio, sería posible generar instrucciones curativas “que informen al jurado determinadas prohibiciones de valoración en función del conocimiento que tuvieron sobre información indebida” Shiamo, Nicolás, “El juicio por jurados”, *op. cit.*, p. 514.

⁵¹ MESECVI, “Recomendación General N. 1”, *op. cit.*

⁵² Di Corleto, Julieta, Lauría Masaro, Mauro y Pizzi, Lucía, “Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina”, *Boletín de Jurisprudencia*, Buenos Aires, Referencia Jurídica e Investigación, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Defensoría General de la Nación Argentina, 2020, p. 152.

criterios discriminatorios. Este conocimiento, pudo influir en la decisión del juez, o en la propuesta de los y las litigantes, para generar instrucciones que eduquen al jurado sobre la realidad de estos problemas.

En la experiencia comparada, existen ejemplos de instrucciones específicas sobre valoración de la prueba con perspectiva de género. En el Manual de Puerto Rico⁵³, se formula una instrucción específica para el caso en que la mujer imputada alegue que actuó en legítima defensa y complementa su defensa con un testimonio pericial que identifique en la acusada el síndrome de la mujer maltratada⁵⁴:

B. Valoración de la Evidencia

2.16. Evidencia del síndrome de la mujer maltratada

(...) Al amparo del síndrome de la mujer maltratada, una acusada que demuestre haber sido abusada física y psicológicamente en forma cíclica y repetitiva por la alegada víctima, puede invocar y justificar la legítima defensa aunque haya dado muerte a su compañero agresor en un período de relativa calma o durante el transcurso de un ataque [una agresión] que aparentemente no era mortal. El patrón de abuso físico y psicológico puede tener el efecto en una mujer prudente y razonable de creer necesario ultimar a su compañero agresor en circunstancias en las que aparentemente no hay motivos fundados para creer que está en inminente peligro de muerte o de grave daño corporal ni necesidad racional del medio utilizado para impedir o repeler el daño.

En este caso, la defensa ha presentado prueba para demostrar que la acusada ha sido una mujer maltratada por la alegada víctima y que actuó bajo la creencia de que era necesario ultimar a su compañero agresor. Al considerar esta prueba, ustedes deben recordar que es el Ministerio Fiscal, quien debe probar la culpabilidad de la acusada más allá de duda razonable. La acusada no está en la obligación de probar su defensa más allá de duda razonable.

Si como resultado de un análisis cuidadoso de toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, ustedes concluyen que la acusada es una mujer maltratada que, bajo sus circunstancias particulares, actuó en defensa propia o tienen duda razonable de si actuó en

155

⁵³ Comité para la revisión del manual de instrucciones al jurado, *Proyecto de libro de instrucciones al jurado*, Puerto Rico, Tribunal Supremo de Puerto Rico, 2006.

⁵⁴ El síndrome de la mujer maltratada es una subcategoría del trastorno de estrés postraumático, identificado por primera vez por Leonore E. Walker en 1977. Walker destaca que el síndrome está constituido por seis grupos de criterios que científicamente lo identifican: recuerdos perturbadores del acontecimiento traumático; hiperexcitación y elevados niveles de ansiedad; conducta elusiva y entumecimiento emocional expresados normalmente en forma de depresión, disociación, minimización, represión y renuncia; relaciones interpersonales conflictivas debido al poder ejercido por el agresor y sus medidas de control; distorsión de la imagen corporal y dolencias físicas y/o somáticas; problemas sexuales (Walker, Leonore, *El síndrome de la mujer maltratada*, Bilbao, Desclée de Brouwer Editores, 2012).

legítima defensa conforme al síndrome de la mujer maltratada, deben declararla no culpable.

Si después de ustedes analizar cuidadosamente toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, están convencidas y convencidos de que el Ministerio Fiscal probó más allá de duda razonable que la acusada cometió los hechos por los que se le acusa, deberán rendir un veredicto de culpabilidad.

En el comentario formulado en el Manual sobre esta instrucción se explica la pertinencia de la instrucción dado que

la evidencia sobre el síndrome de la mujer maltratada, presentada mediante testimonio pericial, ha sido reconocida como complemento a la prueba sobre legítima defensa en los casos en que la víctima demuestra ser una mujer maltratada y que el patrón de abuso la condujo a creer, en circunstancias que no configuran plenamente la legítima defensa, que es necesario dar muerte a su agresor en protección de su vida o integridad corporal.

Tal como explica Di Corleto⁵⁵ también en Estados Unidos el informe experto sobre el síndrome de la mujer maltratada tiene como propósito explicar lo relativo a la creencia subjetiva de la mujer de que debía matar al golpeador en ese momento, y demostrar que la creencia de la mujer era razonable para una persona que padecía el síndrome.

156

Distinto es el contexto Argentino, donde las altas cortes reconocieron la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia sin requerir taxativamente la acreditación pericial del síndrome⁵⁶. Asimismo, tampoco se observa un problema dogmático vinculado a la no configuración de la legítima defensa completa, pues se ha advertido que muchos de los supuestos en donde las mujeres matan a sus parejas violentas son capturados completamente por el artículo 34, inc. 6, sin necesidad de generar estándares diferenciados o requerir reformas legislativas que introduzcan supuestos privilegiados⁵⁷. Por lo tanto, no sería conveniente realizar un trasplante textual de la experiencia de Puerto Rico, aunque sí es destacable el valor dado al testimonio experto en una instrucción específica de la evidencia.

Existe consenso en que el testimonio experto puede informar sobre el maltrato,

⁵⁵ Di Corleto, Julieta, "Mujeres que matan", *op. cit.*

⁵⁶ Asimismo, desde los estudios especializados se han señalado críticas o limitaciones del concepto del síndrome de mujer maltratada, porque tiende a explicar un fenómeno de discriminación estructural como un problema de patología o incapacidad individual (Riosco Ortega, Luz, "Culminación de la violencia doméstica", *op. cit.*, p. 718).

⁵⁷ Lorenzo Copello, Patricia, y otras, *Mujeres imputadas en contextos de violencia de género o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*, Madrid, Colección Eurososial n° 14, 2020, p. 95.

sus efectos y las experiencias de las mujeres maltratadas⁵⁸ y ser de utilidad para resolver la disputa fáctica respecto de la existencia de violencia⁵⁹. En este sentido, este testimonio calificado puede ser de utilidad para la protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia, para presentar los datos que servirían para decidir si la percepción de la mujer sobre la inminencia de la agresión era razonable o no, la gravedad de la agresión inminente, las experiencias comunes de las mujeres maltratadas respecto a la severidad y duración de las secuelas, facilitar la interpretación del relato de la acusada, rebatir los mitos en torno a la violencia doméstica y los frecuentes obstáculos que enfrentan las mujeres para denunciar o separarse del agresor⁶⁰. Si el testimonio experto ingresa al juicio, una instrucción específica sobre su valoración es pertinente.

En el juicio oral a M.C.S., declararon testigas expertas sobre las experiencias de las mujeres maltratadas; aunque ninguna instrucción específica se realizó sobre el criterio para valorar ese tipo de evidencia. Con posterioridad a este juicio, la Corte IDH en el “Caso V.R.P.” destacó el valor específico de este tipo de pruebas por ser contra-intuitivas y brindar información a los jurados sobre las particularidades de la violencia de género, a fin de que puedan realizar una valoración de la prueba “lo más objetivamente posible” y evitar que sean “influenciados” por prejuicios e ideas preconcebidas. Es decir, señaló que el testimonio experto funcionaría como “límite de racionalidad” y “garantía contra una decisión arbitraria”⁶¹.

157

Por lo tanto, en casos donde los presupuestos fácticos litigiosos giran alrededor de la acreditación de la violencia de género -como ocurrió en los casos de M.S.C. y J.A.K.-, puede pensarse en la utilidad de sustanciar instrucciones específicas respecto a cómo valorar la prueba de la violencia. Del mismo modo que la experiencia comparada propicia por dar instrucciones al jurado sobre las pautas para valorar la falibilidad de cierta evidencia compleja (ej., reconocimiento de personas⁶², testimonios que contienen contradicciones internas o externas que pueden llevar a una decisión no razonable⁶³, la prueba pericial, etc.).

En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, estándares sobre

⁵⁸ Rioseco Ortega, Luz, “Culminación de la violencia doméstica”, *op. cit.*, p. 720.

⁵⁹ Sánchez, Luciana, “Testigo modesto conoce Hombreembra: el testimonio experto como medio para la introducción válida del conocimiento situado en los procesos por violencia de género y prejuicio LGBTTIQ”, en Maffia, Diana, Gómez, Patricia. y Moreno, Aluminé (comps.), *Miradas feministas sobre los derechos*, Buenos Aires, Editorial JUSBAIRES, 2019, p. 199.

⁶⁰ Di Corleto, Julieta, “Mujeres que matan”, *op. cit.*

⁶¹ Corte IDH, “Caso V.R.P.”, *op. cit.*, párr. 267

⁶² Deanesi, Laura y Varela, Agustín, “Tres temas para pensar la prueba en el juicio por jurados: las instrucciones sobre el reconocimiento de personas, la prueba bad character y la condena del coimputado”, en Rovatti, Pablo y Limardo, Alan (dirs.), *Pensar la Prueba*, N° 1, Ciudad de Buenos Aires, Editores del Sur, 2020.

⁶³ Lorenzo, Leticia, “Impugnación y juicio por jurados”, *op. cit.*, p. 259.

valoración de la prueba de la violencia han sido desarrollados en variedad de casos, principalmente sobre violencia sexual; tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes; y privación arbitraria de la libertad, aunque bien pueden ser aplicables para casos de mujeres víctimas de violencia en el ámbito doméstico⁶⁴. Algunas consideraciones principales en la materia son: 1) que no se puede esperar que las víctimas siempre denuncien las agresiones o que nunca hayan inconsistencias en su testimonio; 2) que no se puede esperar que siempre hayan testigos o pruebas documentales; 3) que la falta de señales físicas no quiere decir que no hubo malos tratos; 4) que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho⁶⁵.

Incorporar estos criterios en las instrucciones sobre la prueba de la violencia podría colaborar en el proceso de deliberación y toma de decisión para el veredicto. Por un lado, al brindar en lenguaje claro y con solidez jurídica estándares probatorios apropiados que rigen en este tipo de casos. A la vez, al educar al jurado para contrarrestar los estereotipos y mitos frecuentes que reposan en el imaginario social acerca de la violencia y sus víctimas. Finalmente, para otorgar de fundamentos válidos al veredicto arribado.

En definitiva, el conocimiento acerca de los obstáculos que existen en el juzgamiento de la violencia de género debería influir a jueces, juezas y litigantes, sobre la necesidad de generar instrucciones al jurado que informen cómo evaluar la evidencia y hagan explícito el propósito de cierto testimonio⁶⁶. La omisión en este aspecto en los casos de M.C.S. y J.A.K, a la luz de la condena y la absolución respectivamente, tampoco permite realizar afirmaciones concluyentes respecto de su incidencia en la decisión final del jurado. Aun así, invita a pensar cuáles son las instrucciones probatorias específicas que requieren los casos de violencia de género para limitar una valoración arbitraria o discriminatoria. En un contexto donde se está produciendo un giro hacia una mayor reflexión sobre el derecho probatorio⁶⁷, dada la implementación progresiva en el país del juicio por jurados

158

⁶⁴ Sobre estándares internacionales de debida diligencia y violencia de género ver Defensoría General de la Nación Argentina, *Femicidio y debida diligencia*, op. cit., Di Corleto, Julieta y Piqué, María Luisa, "Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género", en Hurtado Pozo, J. (dir). *Género y derecho penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*, Lima, Instituto Pacífico, 2017; Di Corleto, Julieta, "Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género", en Di Corleto, Julieta (dir.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.

⁶⁵ MESECVI, "Recomendación General N. 1", op. cit.

⁶⁶ Graw Leary, Mary, "Is the #MeToo Movement for Real? Implications for Jurors' Biases in Sexual Assault Cases", *Louisiana Law Review*, Vol. 81, Louisiana, The Catholic University of America Columbus School of Law Legal Studies Series, 2020, p. 35, disponible en, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3721433, última consulta: 13 de febrero de 2021.

⁶⁷ Schiavo, Nicolás, "Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado", *Contribución al proyecto remitido por el Ministerio de Justicia propiciando la implementación del Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires*, 2016, disponible en <https://incip.org/documentos/fundamentos-conceptuales-del-veredicto-inmotivado-nicolas-schiavo/>, último acceso: 27 de noviembre de 2020.

clásico con veredicto inmotivado; sus intersecciones con las cuestiones de género y discriminación exigen aún un mayor esfuerzo en el abordaje.

IV.- Conclusiones

Las reflexiones aquí presentadas intentan aportar a un campo de conocimiento y praxis vinculada con el compromiso con el ejercicio de los derechos de las mujeres. Tienen como objetivo participar en la conversación colectiva que indaga acerca de las nuevas habilidades de litigio que fiscales/las, jueces/zas y defensores/as requieren para desempeñarse en el juicio por jurados. Los comentarios sobre las prácticas observadas, se realizan con el reconocimiento del compromiso que operadores de la justicia evidencian en la implementación de este nuevo modelo de juzgamiento.

La propuesta de este artículo fue llamar la atención sobre la necesidad de elaborar instrucciones específicas en casos en donde integra parte de la controversia el presupuesto fáctico y el normativo de la violencia de género.

La Corte IDH en el “Caso V.R.P.” dejó indicado los vínculos entre el diseño procesal del juicio por jurados y el cumplimiento de la debida diligencia en casos de violencia, e indicó que las instrucciones son resguardos contra la arbitrariedad y las valoraciones discriminatorias. La pregunta sobre cuáles son los requisitos que debieran reunir las instrucciones para ser compatibles con la CADH y la CBP, arroja un terreno aún poco explorado.

159

En el ámbito local el debate también es incipiente, no solo por la reciente implementación del jurado sino también por los pocos estudios en las intersecciones entre este nuevo paradigma y los temas de géneros. El fallo del Tribunal de Casación en la causa M.C.S. muestra un nulo análisis de las implicancias que las instrucciones defectuosas pueden tener respecto del deber de debida diligencia en casos de violencia de género.

Por otra parte, la comparación del caso M.C.S. con el caso J.A.K. muestra que si bien es relevante el modo en que el derecho sustantivo es explicado con perspectiva de género en las instrucciones, no es determinante en la decisión que adopta el jurado sobre la responsabilidad penal de las acusadas. Mientras que el primer caso presentó una instrucción sobre legítima defensa que captura los estándares internacionales pero finalizó con una condena; el segundo caso presentó una instrucción menos robusta aunque derivó en el reconocimiento de que la mujer había actuado bajo la causal de justificación. Futuros análisis más amplios, permitirán corroborar si -como sugieren los estudios sobre el comportamiento de los jurados-, en casos donde las mujeres son imputadas de matar o lesionar a sus parejas, lo determinante es la calidad de la prueba presentada en juicio. Desde la dimensión probatoria, el estudio de ambos casos arrojó que no se sustanciaron instrucciones específicas que traduzcan los estándares en materia de valoración de la evidencia de la violencia de género.

En síntesis, en el caso “M.C.S.” y en el caso “J.A.K.” se dio más atención a las instrucciones dirigidas a explicar la legítima defensa en contextos de violencia de género; pero se omitió generar instrucciones específicas que limiten las valoraciones discriminatorias sobre la prueba. Tanto en las instrucciones sustantivas como en las que versan sobre la valoración de la evidencia, se observa la necesidad de generar un litigio que dé cuenta de los compromisos que surgen de la Convención de Belem do Pará.

V.- Bibliografía

Anitua, Gabriel Ignacio, *Jueces, fiscales y defensores*, Ciudad de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.

Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, *Manual de Instrucciones al Jurado del Manual de instrucciones al jurado, Ley 14.543*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, *Manual de instrucciones al jurado: ley: 14.543*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.

Comité para la revisión del manual de instrucciones al jurado, *Proyecto de libro de instrucciones al jurado*, Puerto Rico, Tribunal Supremo de Puerto Rico, 2006.

Correa Flórez, María Camila, *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.

De Agostino, Manuela, “El Juicio por jurados en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Un análisis de las sentencias dictadas entre 2015 y 2017”, en Bombini, Gabriel y Carnevale, Carlos, *Juicio por Jurados*, Tomo I, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 215-285.

Deanesi, Laura y Varela, Agustín, “Tres temas para pensar la prueba en el juicio por jurados: las instrucciones sobre el reconocimiento de personas, la prueba bad character y la condena del coimputado”, en Rovatti, Pablo y Limardo, Alan (dirs.), *Pensar la Prueba*, N° 1, Ciudad de Buenos Aires, Editores del Sur, 2020.

Defensoría General de la Nación Argentina, *Femicidio y debida diligencia. Estándares internacionales y prácticas locales*, Ciudad de Buenos Aires, Ministerio Publico de la Defensa - Amnistía Internacional, 2015.

Di Corleto, Julieta y Piqué, María Luisa, “Pautas para la recolección y valoración

de la prueba con perspectiva de género”, en Hurtado Pozo, J. (dir). *Género y derecho penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*, Lima, Instituto Pacífico, 2017.

Di Corleto, Julieta, “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género”, en Di Corleto, Julieta (dir.), *Género y justicia penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.

Di Corleto, Julieta, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n°5, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

Di Corleto, Julieta, Lauría Masaro, Mauro y Pizzi, Lucía, “Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina”, *Boletín de Jurisprudencia*, Buenos Aires, Referencia Jurídica e Investigación, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Defensoría General de la Nación Argentina, 2020.

Di Corleto, Julieta, Lauría Masaro, Mauro y Pizzi, Lucía, “Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina”, *Boletín de Jurisprudencia*, Buenos Aires, Referencia Jurídica e Investigación, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Defensoría General de la Nación Argentina, 2020.

161

Ferrer Beltrán, Jordi, “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH”, *Quaestio facti, Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N. 1, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 359-382.

Frigon, Sylvie, “Mujeres que matan: tratamiento judicial del homicidio conyugal en Canadá en los 90”, en S. Chejter (ed.), Travesías. *Temas del debate feminista contemporáneo. Mujer, cuerpo y encierro*, Buenos Aires, Centro de Encuentros Cultura y Mujer, Año 7, N° 9, 2000.

Gargarella, Roberto, *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

González, Florentino, “El juicio por jurados. Breve noticia del origen y progresos del jurado, del modo de practicar la prueba en Inglaterra y los Estados Unidos, comparado con el de otras razones: y razones en favor de esta institución”, Buenos Aires, Imp., Lit., y Fundición de Tipos a Vapor, 1869, p. 132; citado por Penna, Cristian, “El juicio por jurados y sus etapas intrínsecas: el voir dire y

las instrucciones al jurado”, en Martínez, Santiago y González Postigo, Leonel (dirs.), *Juicio Oral*, Ciudad de Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p. 29-67.

Graw Leary, Mary, “Is the #MeToo Movement for Real? Implications for Jurors’ Biases in Sexual Assault Cases”, *Luisiana Law Review*, Vol. 81, Louisiana, The Catholic University of America Columbus School of Law Legal Studies Series, 2020, pp. 1-38, disponible en, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3721433, última consulta: 13 de febrero de 2021.

Harfuch, Andrés (dir.), *El jurado clásico. Manual modelo de instrucciones al jurado. Ley modelo del juicio por jurados*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.

Harfuch, Andrés, “En videoconferencia analizaron el juicio por jurados y el proceso penal de la CABA”, *Servicio Informativo Judicial Digital*, Superior Tribunal de Justicia del Chaco, 2 de agosto de 2018, disponible en <http://prensa.justiciachaco.gov.ar/node/3102>, último acceso, 27 de noviembre de 2020.

Hopp, Cecilia, “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, en Pitlevnik, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 13, Buenos Aires, Hammurabi, 2012.

162

Larrauri, Elena, “Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del derecho”, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Buenos Aires, BdeF, 2008.

Laurenzo Copello, Patricia., y otras, *Mujeres imputadas en contextos de violencia de género o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*, Madrid, Colección Eurososial n° 14, 2020.

Limardo, Alan, “Una confusión conceptual ¿y una oportunidad perdida? Comentario del caso ‘V.P.C y otros vs. Nicaragua de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’”, en Martínez, Santiago y González Postigo, Leonel, (dirs.), *Juicio Oral*. Ciudad de Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, pp. 119-144.

Lorenzo, Leticia, “Impugnación y juicio por jurados. Un camino a recorrer”, en Lorenzo, Leticia, *Visiones acerca de las justicias. Litigación y gestión para el acceso*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2020, p. 215-263.

MESECVI, “Recomendación General N. 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo al artículo 2 de la Convención de Belém do Pará”, MESECVI/CEVI/doc.249/18, 5 de diciembre de 2018.

Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina, *La violencia contra las mujeres en la justicia penal*, Buenos Aires, Dirección General de Políticas de Género, 2018.

Monod Nuñez, Paula, “¿Es constitucional la imposibilidad de recurrir la sentencia absolutoria del jurado en casos de violencia de género, o contrariamente es violatoria de Tratados Internacionales con pasible responsabilidad para el Estado Argentino?. Análisis de la legislación de la Provincia de Buenos Aires y proyectos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la Caba*, N° 16, 2020, disponible en https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=67e829dcbac6c7a9d0bebf4a2a99b8d7b#indice_3, último acceso: 27 de noviembre de 2020.

Penna, Cristian, “El juicio por jurados y sus etapas intrínsecas: el voir dire y las instrucciones al jurado”, en Martínez, Santiago y González Postigo, Leonel, (dirs.), *Juicio Oral*. Ciudad de Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, pp. 57-69.

Porterie, Sidonie y Romano, Aldana, *El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires*, Ciudad de Buenos Aires, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales- INECIP, 2018.

Rioseco Ortega, Luz (1999). “Culminación de la violencia doméstica. Mujeres que asesinan a sus parejas – Defensas penales posibles”, en Facio, Alda y Fries, Lorena, *Género y Derecho*, Santiago de Chile, LOM ediciones - La Morada, 1999, pp. 707-735.

Romano, Aldana y Porterie, Sidonie, “Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho”, *en prensa*, artículo elaborado en el marco de las *Jornadas Justicia Penal, Géneros, y Enseñanza del Derecho*, organizadas por Doctrina Penal Feminista e INECIP, 2020.

Sánchez, Luciana y Salinas, Raúl, “Defenderse del femicidio”, en Christine, Chinkin y otros, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, 2012, pp. 181-215.

Sánchez, Luciana, “Testigo modesto conoce Hombrehembra: el testimonio experto como medio para la introducción válida del conocimiento situado en los procesos por violencia de género y prejuicio LGBTTTIQ”, en Maffia, Diana, Gómez, Patricia. y Moreno, Aluminé (comps.), *Miradas feministas sobre los derechos*, Buenos Aires, Editorial JUSBAIRES, 2019, pp. 189-206.

Schiavo, Nicolás, “Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado”, *Con-*

tribución al proyecto remitido por el Ministerio de Justicia propiciando la implementación del Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires, 2016, disponible en <https://inecip.org/documentos/fundamentos-conceptuales-del-vedicto-inmotivado-nicolas-schiavo/> , último acceso: 27 de noviembre de 2020.

Schiavo, Nicolás, *El juicio por jurados. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

Walker, Leonore, *El síndrome de la mujer maltratada*, Bilbao, Desclée de Brouwer Editores, 2012.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

El procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado y la representación legal gratuita como garante del debido proceso legal

Luciana María Luaces Bossini*

Resumen

El procedimiento de determinación de la condición de refugiado debe cumplir con las garantías del debido proceso legal, siendo una de ellas la de contar con representación legal gratuita, la cual, a su vez se configura como contralor de que todas las demás garantías que hacen al debido proceso se cumplan. En el presente trabajo se intentará demostrar que, en Argentina, el proceso de determinación de la condición de refugiado cumple con los estándares legales, y la contribución preponderante que cumple la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación a ese fin, que asiste a toda la población con necesidades de protección que se inserta en el camino de solicitud de protección internacional.

Palabras clave: Derecho Internacional de los Derechos Humanos – Debido proceso legal – Representación legal gratuita – Derecho Internacional de los Refugiados – Procedimiento de determinación de la condición de refugiado.

* Abogada en la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación, Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lubossini@gmail.com

I.- Introducción

El presente trabajo tiene la finalidad de resaltar los avances en materia de determinación de la condición de refugiado en Argentina, en particular del procedimiento de determinación de la condición de refugiado (en adelante “DCR”), reconociéndose el progreso en la garantía de acceso al derecho de defensa. Se demostrará cómo la figura del representante legal cumple una función relevante y facilitadora para la población beneficiaria asegurando el acceso a sus derechos y a su integración.

Se estudia la conformación, los roles y funciones de los actores claves que forman parte del procedimiento de DCR: la Comisión Nacional para Refugiados (CONARE) y Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación (en adelante “Comisión de Refugiados de la DGN” o “Comisión de la DGN”). Específicamente la presente investigación estudiará el “*Programa de Asesoramiento y Representación Legal para Personas Refugiadas y Solicitantes del Reconocimiento de la Condición de Refugiados*”, de la Comisión de Refugiados de la DGN.

Asimismo, en este apartado se describe a la población de solicitantes de asilo y refugiados en la Argentina desde el punto de vista estadístico, ya que esto tiene un impacto en el volumen y trabajo que realizan ambas instituciones.

166 Luego se analiza el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en la Argentina y sus distintas modalidades – procedimientos llamados “ordinario” y “sumario”- y, en lo que al objetivo compete, la importancia del sistema de asistencia legal pública y gratuita en la República Argentina y su incidencia en cada una de sus etapas. Se evaluará su funcionamiento operativo y aspectos de la práctica, en términos del cumplimiento de mandato legal sustancial de una defensa técnica efectiva.

II.- Derecho internacional de los refugiados

1. El origen y contenido del DIR. La definición de refugiado

En el año 1950 fue creado el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) como órgano subsidiario de la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 319 (IV) de la Asamblea General de la Naciones Unidas, que fue aprobada el 3 de diciembre de 1949. Dos años más tardes, el 28 de julio de 1951, fue adoptada la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados por una Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y entró en vigor el 21 de abril de 1954 (en adelante “Convención de 1951” o la “Convención”). En 1967 se adoptó el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (en adelante “Protocolo de 1967”). El Protocolo de 1967 eliminó las limitaciones geográficas y temporales contenidas en

la Convención, según las cuales, sólo las personas de origen europeo involucradas en los hechos acaecidos antes del 1 de enero de 1951 podían solicitar asilo.

En consecuencia, el Protocolo de 1967 convirtió a la Convención en un instrumento verdaderamente universal que podría beneficiar a los refugiados en cualquier lugar y cualquier tiempo.¹

En virtud de este marco legal, se considera como refugiado a toda persona que “*debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país...*”²

Los principios legales que consagra la Convención de 1951 han impregnado la normativa internacional y regional e incontables leyes nacionales, así como las prácticas que traducen el modo en que las personas refugiadas son tratadas.

En cuanto al contenido de este concepto, según la definición de refugiado establecida por la Convención y el Protocolo de 1967, conocida como definición “clásica” o convencional, para que una persona sea reconocida como tal debe tener fundado temor de persecución y encontrarse fuera de su país de origen. La condición de que el mencionado temor deba ser fundado implica que no basta con la simple manifestación de la persona de dicho sentimiento, sino que debe estar justificado, entre otras cosas, por información fehaciente sobre la situación en el país de origen. Puede ocurrir que no se exprese un temor, pero que las circunstancias bien puedan justificar el reconocimiento, en el sentido de que cualquier persona en dichas circunstancias correría un riesgo tan obvio que la ausencia de temor sería indiferente.³

Por su parte, el concepto de “persecución” es comprendido como “*toda amenaza contra la vida o la libertad de una persona [y] otras violaciones graves de los derechos humanos*”,⁴ y tiene que deberse al menos a uno de los motivos enumerados en la definición clásica tale como raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social u opinión política. Es necesario, a su vez, que por causa de ese temor la persona no pueda o no quiera gozar de la protección que le brinda su país de origen. Si no cumple con todas esas condiciones, una persona no será finalmente reconocida como refugiada.

¹ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Preguntas y Respuestas*” Sección de Información Pública y de Relaciones con los Medios de Comunicación, Septiembre 2007, Ginebra, p. 7.

² Convención sobre el Estatuto de los Refugiado, art. 1 a), adoptada el 28 de julio de 1951, Naciones Unidas.

³ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*”, abril de 2001, Ginebra, párr.11.

⁴ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*”, reedición, diciembre 2011, Ginebra, párr. 51.

Además de la definición clásica, en la tradición latinoamericana existe la denominada “definición ampliada” o regional de refugiado, recomendada por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que extiende la protección internacional bajo el estatuto de refugiado a aquellas “...personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.⁵

Este concepto se enfocó en aquellas personas afectadas por los conflictos y la violencia imperante en su país de origen y, exige que la persona se encuentre fuera de su país y su vida y/o libertad se vea amenazada por alguno de los cinco eventos situacionales que la definición enumera. En relación con la definición de estos supuestos, el desarrollo doctrinario indica que deben tomarse el Derecho Internacional de Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional como referencias informativas, aunque no determinantes.⁶

La República Argentina es Estado Parte tanto de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados⁷ como de su Protocolo de 1967.⁸ Sin embargo, recién por Decreto N° 464 del 11 de marzo de 1985 se creó el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE), órgano con competencias sólo en materia de determinación de la condición de refugiado. Fue en el año 2006 cuando se aprobó la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado N° 26.165 (en adelante “la Ley”, “Ley N° 26.165” o “Ley de Refugiados”), regulando de manera integral las cuestiones vinculadas a la protección de las personas refugiadas, los principios que la rigen, y el procedimiento aplicable para la determinación de la condición de refugiado.

La Ley N° 26.165 define quien es un refugiado en Argentina en su artículo 4°, que recepta fielmente tanto la definición clásica como la ampliada,⁹ y por otra

168

⁵ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Adoptado por el “*Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios*”, 22/11/1984, Cartagena de Indias, Colombia, <https://www.refworld.org/es/docid/50ac93722.html>, consultado el 19/04/2021. cons. III.

⁶ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*Directrices sobre Protección Internacional No. 12: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado*”; diciembre 2016, URL <https://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58c654244>, consultado 19/04/2021.

⁷ Ley 15.869, “Estatuto de los Refugiados”, B.O. 11/10/1961.

⁸ Ley 17.468, “Tratados Internacionales. Protocolo sobre Estatuto de Refugiados”- Adhesión, B.O. 10/10/1967.

⁹ Ley 26.165, “Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado”, B.O. 01/06/2006, art. 4.

parte, crea la Comisión Nacional de Refugiados,¹⁰ como el órgano administrativo, interministerial, creado en la órbita del Ministerio del Interior, encargado de decidir sobre las solicitudes de asilo así como de proteger los derechos de los refugiados y procurar su integración local.

2. Procedimiento de determinación de la condición de refugiado en el Derecho Internacional de los Refugiados

En lo referente al procedimiento de determinación de la condición de refugiado (DCR), el Derecho Internacional de los Refugiados (en adelante DIR) y, específicamente, la Convención de 1951 nada dicen respecto a cuál es el tipo de procedimiento aplicable. Se ha dejado librada esta regulación a cada Estado según su estructura y sus regímenes institucional y administrativo.

Partiendo de la base de la existencia de interrelación, convergencia y complementariedad entre el DIR y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), tanto en el plano normativo como operativo, el procedimiento de DCR que establezca un Estado deberá proteger los derechos fundamentales de las personas refugiadas,¹¹ respetar y asegurar sus derechos y garantías.

En este sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en varias oportunidades ha dejado en claro que las garantías judiciales consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) no son exclusivas del ámbito judicial, sino que también deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adopten decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas.¹² La Corte IDH entiende que

“...cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal... [, reconociendo así que] [e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.¹³

¹⁰ *Ibid.*, art. 18.

¹¹ GOODWIN-GILL, Guy S. y MCADAM, Jane, *The refugee in International Law*, 3ra ed., 2007 Oxford University Press, Oxford., p. 530.

¹² Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No 151., cons. 118.

¹³ Corte IDH, “Caso Baena Ricardo y otros”, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C N° 72., cons. 124 -127.

En particular, enfocándose específicamente en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, como hemos adelantado, en el caso *Pacheco Tineo* la Corte IDH estableció que:

“...en virtud de la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados por una determinación errónea del riesgo o una respuesta desfavorable, las garantías de debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a ese tipo de procedimientos, que son normalmente de carácter administrativo. En ese sentido, todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. De tal manera, aún si los Estados pueden determinar los procedimientos y autoridades para hacer efectivo ese derecho, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, se hacen necesarios procedimientos previsible, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias”.¹⁴

En este sentido, el procedimiento de determinación del estatuto de refugiado a nivel nacional toma determinadas características como consecuencia de la recepción normativa de los principios contenidos en la Convención del 1951 y el Protocolo de 1967.

170

La mayoría de procedimientos en países de Sudamérica tienen carácter administrativo, encontrándose los órganos nacionales encargados de llevar a la práctica el procedimiento de DCR en la órbita del poder ejecutivo. Estos se diferencian de aquellos procedimientos que se llevan a cabo en instancias judiciales o cuasi-judiciales, mayormente de tradición jurídica anglosajona (tal es el caso de Canadá, EE.UU. o Australia, entre otros).¹⁵

Por otro lado, también existen fuentes de autoridad en la materia como el ACNUR, organismo que tiene el mandato específico de velar por el cumplimiento de la Convención de 1951 por parte de los Estados y proteger a las personas refugiadas y solicitantes de asilo, conforme lo establece su Estatuto.¹⁶ En ese marco, el ACNUR brinda apoyo y asesoramiento técnico a los Estados para el

¹⁴ Corte IDH, “Caso Familia Pacheco Tineo”, sentencia del 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272., cons. 157.

¹⁵ LETTIERI, Martín, “Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba”, en LETTIERI Martín (editor), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, 2012, Universidad de Lanús, Buenos Aires, pp. 107-129.

¹⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, “*Establecimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*”, Resolución 428 (V), adoptada el 14 de diciembre de 1950.

establecimiento del procedimiento y las garantías mínimas que debe contener,¹⁷ es así como ha publicado distinto tipo de documentos y directrices con el objetivo de orientar y velar por una correcta aplicación de la normativa internacional. En la práctica, el Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado¹⁸ es el documento de referencia de mayor importancia, en cuanto sirve de guía a los funcionarios gubernamentales, jueces, y profesionales en la aplicación e interpretación de los elementos de la definición de refugiado; tratando de ofrecer y promover una interpretación armonizada de la definición de refugiado.

3. Derecho a la asistencia legal gratuita en el Derecho Internacional de los Refugiados

Dado que, como se ha indicado, la Convención de 1951 no hace referencia al tipo de procedimiento aplicable para la determinación de la condición de refugiado, menos aún lo hace respecto a un aspecto específico como el derecho a la defensa legal provista gratuitamente por el Estado en estos procedimientos. Sin embargo, por la interrelación entre el DIR y el DIDH, las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se aplican también y complementan al derecho de los refugiados.

La CADH establece en su artículo 8.2 el "...derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor".

171

En cuanto a los elementos y características del ejercicio de este derecho, La Corte IDH indica que éste surge desde el primer momento en que la persona está implicada en un proceso,¹⁹ y reconoce la necesidad de que esta asistencia legal sea gratuita, tanto en procedimientos administrativos como judiciales, y específicamente "...en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad [...] para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso",²⁰ entendiéndolo en el mismo sentido en el caso *Pacheco Tineo* en cuanto a "...la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable" - en este último caso específicamente con relación a

¹⁷ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, "*Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo*", 21/05/2010, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7843>, consultado el 19/04/2021, párr. 2.

¹⁸ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, "*Manual de Procedimientos y Criterios para...*", *op. cit.*

¹⁹ Corte IDH, "Caso Barreto Leiva", sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206., cons. 62.

²⁰ Corte IDH, "Caso Vélez Loo Vs. Panamá", sentencia del 23 noviembre de 2010, Serie C No. 218, cons. 146.

casos que involucran la determinación de la necesidad de protección internacional -.²¹

Debe tenerse en cuenta que los procedimientos de asilo presentan características particulares en la misma medida en que es particular la situación de quien requiere protección internacional como refugiado.

Por un lado, la decisión errónea de rechazar el reconocimiento de dicha condición puede traer consigo consecuencias graves para la persona solicitante o su familia. La no concesión de la protección del Estado receptor puede llevar aparejada la posibilidad de expulsión y/o de devolución, tanto a su país de origen como a otro país donde su vida, libertad e integridad estén en riesgo. Tratándose de un procedimiento en donde está en juego la vida y/o seguridad de la persona, y en el que una decisión errónea podría provocar consecuencias irreversibles, es necesario que la persona cuente con una defensa legal gratuita que vele por el correcto desenvolvimiento del proceso acorde a derecho.²²

Por otro lado, los solicitantes de asilo suelen no conocer el sistema legal del país de acogida en donde se examina su solicitud.²³ El ignorar también la especificidad del derecho que opera en este tipo de procesos y las complejidades, tales como cuestiones relativas a las pruebas y la carga de la prueba, puede hacer que los solicitantes de asilo no incluyan, en el momento oportuno del procedimiento, elementos y pruebas que sean pertinentes para la evaluación de sus necesidades de protección.²⁴

172 En este sentido, las personas con necesidades de protección internacional, se encuentran en situación de vulnerabilidad²⁵ considerando, entre otros factores, que se encuentran en un medio que le es extraño, desconocen el procedimiento y muchas veces el idioma, y sobre todo en muchos casos atravesaron eventos traumáticos en sus países de origen, que pueden estar entre las razones que motivaron la huida dejando atrás a su familia, sus bienes y toda su vida tal como la conocían; y con potenciales secuelas físicas y psíquicas. Estos factores constituyen barreras que pueden dificultar el acceso a la justicia y a los procesos en condiciones de igualdad,

²¹ Corte IDH, "Caso Familia Pacheco", *op. cit.*, cons. 133.

²² DGN, Amicus Curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 03/04/2013, Buenos Aires, Argentina.

²³ Corte IDH, "Caso Vélez Loo vs. Panamá", *op. cit.* cons. 132.

²⁴ European Council on Refugees and Exiles, ECRE/ELENA, "Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe", noviembre de 2010, p. 34.

²⁵ Se consideran en condición de vulnerabilidad a "aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (...) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad" (Cfr. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", 4 al 6 de marzo de 2008, Regla no 3 y 4).

por lo tanto, resulta imprescindible que reciban asesoramiento jurídico de calidad en la fase más temprana posible en el procedimiento de asilo.²⁶

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) ha enfatizado que las personas deben tener la posibilidad de:

“...defenderse de cualquier acto emanado del Estado. [...] los diferentes escenarios que plantea la migración internacional sitúan a los migrantes [y refugiados] frente a distintos procedimientos judiciales y administrativos que tienen implicaciones directas sobre la garantía y el ejercicio de sus derechos humanos. [...] Con frecuencia esta clase de procedimientos se caracteriza por un alto grado de arbitrariedad estatal, frente a la cual las personas migrantes tienen un margen de respuesta mínimo, cuando no nulo. A menudo estos procedimientos tienen múltiples obstáculos, tanto de iure como de facto, que impiden el goce de los derechos de los migrantes [y refugiados] en un plano de igualdad con los nacionales. A su vez, estos obstáculos ponen de manifiesto la desigualdad real en la que suelen encontrarse”.²⁷

Se requiere de parte del Estado receptor la consideración de las particularidades y la situación en que se encuentran las personas necesitadas de protección frente al procedimiento, para adecuarlos en línea con los estándares internacionales, para que gocen de acceso efectivo a la justicia en términos igualitarios. De ahí la importancia del acceso a la asistencia letrada efectiva y gratuita en el proceso de DCR en todas sus instancias, como un factor necesario y clave, que se constituye también en instancia facilitadora entre el peticionante y el aparato estatal que tiene a su cargo la decisión sobre el reconocimiento de la condición de refugiado.²⁸

La defensa legal juega aquí un papel importante en la salvaguarda de los derechos de las personas solicitantes de asilo y es una garantía indispensable en un procedimiento en el que, como hemos señalado, la resolución inadecuada puede tener graves consecuencias para la persona o su familia. Por lo tanto, este derecho es no sólo instrumental, sino también sustancial para resguardar el derecho a solicitar y obtener protección internacional; para que la autoridad competente del país de asilo determine que quien peticona se encuentra necesitado de protección internacional,

173

²⁶ European Council on Refugees and Exiles, “*Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*”, *op. cit.*, p. 6.

²⁷ Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 31/12/2015, párr. 284-286.

²⁸ DUBINSKY, Karina, FILARDI, Marcos E. y MENDOS, Lucas R., “El Derecho a la Asistencia letrada Efectiva en el Proceso de Determinación de la Condición de Refugiado”, en ZAFFARONI, Eugenio R., *Derechos humanos: reflexiones desde el Sur*, 1ra ed., Infojus, 2012, Buenos Aires., pp.173-195.

y por ende que su circunstancias personales encuadren en la definición de refugiado establecida legislativamente en el país.²⁹

La Comisión IDH así lo pronunció:

“Considerando la naturaleza del proceso de determinación de la condición de refugiado y los intereses que están en juego para el peticionario, resulta obvio que es de su interés ser representado por un abogado competente. Además, los procedimientos aplicables pueden ser bastante complejos, particularmente para la vasta mayoría de peticionarios no versados en la ley aplicable. De acuerdo a la información con que cuenta la Comisión, la mayoría de estos peticionarios carecen de recursos financieros para contratar a un abogado privado y recurren, en su lugar, a la asistencia jurídica”.³⁰

La Corte IDH consideró que “de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios de ACNUR,... a) [debe] garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo... el acceso a asesoría y representación legal”,³¹ asimismo señaló que el derecho a las garantías y a la protección judicial se vulnera por “la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de los migrantes, lo cual impide que hagan valer sus derechos en juicio”.³²

174 Un sistema de representación legal mejora la eficacia y calidad general del procedimiento de DCR, ya que la asistencia técnica especializada permite a los solicitantes de asilo presentar declaraciones preparadas e identificar pruebas pertinentes para apoyar las presentaciones,³³ convirtiéndose también en un factor muy importante para fortalecer los estándares de calidad del debido proceso y en definitiva de la determinación del asilo y las necesidades de protección internacional de las personas.³⁴

Esta asistencia letrada debe cumplir con determinadas características para que sea efectiva y de calidad. Debe ser oportuna, y estar disponible desde las primeras etapas del procedimiento; accesible, siendo debidamente informada la posibilidad

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Comisión IDH, OEA/Ser.LV/II.106, Doc. 40 rev, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000, párr. 125.

³¹ Corte IDH, “Caso Pacheco Tineo”, *op. cit.*, cons. 159.

³² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, 17/09/2003, Serie A No. 18, cons. 126.

³³ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “Position on Legal Representation for Asylum-seekers”, 31/03/2017.

³⁴ SCHOENHOLTZ, Andrew I., RAMJI-NOGALES, Jaya y SCHRAG, Philip G., “Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication” (2007). *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 60 STANFORD L. REV. 295, 305. pp. 395-399.

de acceso a dicho derecho; efectiva, es decir realizada de manera competente y diligente; especializada, dada la especificidad en el campo del derecho; y pública, autónoma y gratuita.³⁵

III.- Determinación de la condición de refugiado en Argentina

1. La Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE)

La Ley N° 26.165 en su artículo 18 dispone la creación de la Comisión Nacional para los Refugiados como órgano administrativo, interministerial, creado en la órbita del Ministerio del Interior, encargado de determinar la condición de refugiado.

La CONARE está integrada por cinco comisionados/as representantes de diferentes ministerios e instituciones; y con voz pero sin voto también la integran un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y de una organización no gubernamentales sin fines de lucro,³⁶ quienes se reúnen periódicamente en sesiones ordinarias.

En el marco institucional creado por la Ley N° 26.165, la CONARE cuenta con una Secretaría Ejecutiva,³⁷ cuya función principal es la de asistir a la Comisión en lo relativo a la instrucción y el procedimiento necesario que implica una solicitud de asilo para llegar a su resolución.³⁸

La Secretaría Ejecutiva tiene su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se dan curso a las peticiones de protección internacional. En su título V, Capítulo II la Ley establece que una vez que la Secretaría Ejecutiva recibe una solicitud, ya sea a través de la persona interesada, verbalmente o por escrito, o remitida por alguna autoridad que hubiera intervenido en su recepción, se procede a su formalización y registro. Debe mencionarse que por delegación de facultades, las Delegaciones de la Dirección Nacional de Migraciones sitas en las distintas provincias también son una instancia donde se puede formalizar una solicitud, y con autorización de la CONARE emiten documentación y realizan otras diligencias administrativas, evitando que las personas tengan que dirigirse a Buenos Aires.

Sus funciones están reglamentadas por la Resolución N° 800/2009 del Ministerio del Interior,³⁹ está conformada por un Secretario/a que planifica y coordina el

³⁵ DUBINSKY, Karina, FILARDI, Marcos E. y MENDOS, Lucas R., "El Derecho a la Asistencia letrada Efectiva...", *op. cit.*, pp. 173-195.

³⁶ Ley 26.165, *op. cit.*, art. 18 y 23.

³⁷ *Ibid.*, art. 28.

³⁸ *Ibid.*, art. 31.

³⁹ Resolución MIRA N° 800/2009, 21/07/2009, "Reglamento interno de funcionamiento de la Comisión Nacional para los Refugiados", e. v. 27/07/2009.

trabajo de la Secretaría y de sus integrantes,⁴⁰ y se estructura organizativamente en diferentes áreas: administrativa, elegibilidad, legal y social.

A cargo del área administrativa está la tarea de recepción del público y el registro de la solicitud, caratulación y gestión de los expedientes. Principalmente es el área que se encarga de dar inicio a las solicitudes, e informar a las personas solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado acerca de sus derechos y obligaciones.

También el área mencionada cumple una función esencial en materia de documentación, ya que otorga el “Certificado de Residencia Precaria”, y se encarga de su renovación trimestral. Dicho documento es provisorio y habilita a la persona solicitante a permanecer legamente en el país, desempeñar tareas remuneradas y acceder a los servicios y beneficios básicos sociales, de salud y educación. En esa oportunidad también se establece la fecha en que se celebrará la “entrevista de elegibilidad”, entrevista ampliatoria de la declaración escrita de la persona solicitante, y elemento central de la solicitud en el que la persona tendrá oportunidad de presentar de manera directa y personal los hechos que fundamentan su solicitud.

Un rol técnico y central en el procedimiento tienen quienes fungen como oficiales de elegibilidad, profesionales que entre sus tareas fundamentales llevan a cabo la entrevista de elegibilidad con las personas solicitantes establecida por la Ley N° 26.165, elemento clave en el proceso de determinación de la condición de refugiado. En base a los elementos recabados en la entrevista y demás elementos probatorios, los oficiales de elegibilidad elaboran un informe técnico no vinculante respecto de cada solicitud, recomendando el reconocimiento o el rechazo, la cesación, la cancelación o la revocación del estatuto de refugiado.

Los/as oficiales de elegibilidad también son responsables de elaborar el informe técnico de la solicitud, que consiste en un dictamen de carácter técnico, incluye el análisis de los hechos, la búsqueda de información sobre la situación en el país de origen y la adecuación del caso en los términos de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y la Ley.⁴¹ Este informe técnico es luego elevado y puesto a consideración de la CONARE, para que tome una decisión sobre el caso.

Sobre los oficiales de elegibilidad recae una de las labores más significativas y críticas del procedimiento. Si bien el informe o dictamen técnico no tiene carácter vinculante,⁴² la práctica demostraría un sentido contrario, toda vez que las decisiones de la CONARE en casi la totalidad de los casos ratifican o coinciden con los informes técnicos presentados por la Secretaría, cuyas conclusiones inclusive forman parte del acto administrativo respectivo a modo de su fundamentación.

El área legal tiene funciones varias que van desde la elaboración de las Actas

⁴⁰ *Ibíd.*, art. 26, r).

⁴¹ Ley 26.165, *op. cit.*, art. 31.

⁴² Ley 26.165, *op. cit.*, art. 31, c).

Resolutivas; las Resoluciones Ministeriales; informes técnicos a Jurídicos del Ministerio del Interior para la contestación de las impugnaciones judiciales; hasta la elaboración de proyecto de Convenios, proyecto de la Ley de Apátrida y la reglamentación de la Ley 26.165. A su vez se encarga de cuestiones judiciales tanto en procesos penales, de extradición y cualquier otro proceso de su interés contestando oficios o tomando vistas de las actuaciones. Cabe destacar que, también, a través de esta área se canaliza el contacto con diversas instituciones públicas como pueden ser distintos ministerios, el Servicio Penitenciario, la Cancillería y Consulados, entre otros.

Por último, el área social está dedicada a procurar que las personas solicitantes y refugiadas accedan a los servicios y recursos adecuados de acuerdo a las necesidades detectadas, con el fin de lograr atender las necesidades inmediatas o urgentes, y en definitiva contribuir con una integración adecuada de la persona a la sociedad. Esta área trabaja en coordinación con la Agencia Adventista de Desarrollo y Recursos Asistenciales (ADRA), que, actualmente, es la organización socia del ACNUR para la implementación del programa de asistencia humanitaria, y que contribuye con la CONARE en lo referente a la asistencia e integración de la población refugiada y solicitante de la condición de refugiado.

2. La Comisión de Refugiados de la Defensoría General de la Nación

177

La Ley 26.165 en su artículo 32 establece que "... [el] solicitante de estatuto de refugiado... tendrá derecho a ser asistido por un defensor en todas las instancias del procedimiento".

En cumplimiento de la garantía del debido proceso administrativo y judicial y del derecho a contar con una defensa legal y técnica adecuada, en el año 2007 se creó la Comisión de Refugiados de la DGN, con el objeto de garantizar el acceso a la justicia y a la defensa de los derechos humanos de las personas solicitantes de asilo y refugiadas.

En un principio, esta Comisión tenía una misión abocada a la representación legal y el acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias que llegaban a la República Argentina en busca de asilo. En febrero de 2012, luego de que la CONARE, el ACNUR y el MPD firmaran un acuerdo marco de cooperación recíproca⁴³ para garantizar el derecho de las personas solicitantes de asilo y refugiadas a una tutela administrativa y judicial de sus derechos fundamentales, la Defensoría General de la Nación (DGN) dispuso la creación del "*Programa de Asesoramiento y Representación Legal para personas refugiadas y*

⁴³ Resolución DGN N° 1260/11, "Acuerdo Marco de Cooperación Recíproca, suscripto con la Comisión Nacional de Refugiados, 03/10/2011.

solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiada”,⁴⁴ en virtud del cual toda persona que solicite asilo tiene el derecho de contar con un abogado/a que lo asista en todas las etapas del procedimiento y provisto en forma gratuita por el MPD.

La asistencia legal provista por la Comisión de Refugiados de la DGN, se garantiza en cualquiera de las etapas del procedimiento de DCR. La persona beneficiaria es informada de dicho derecho al momento de interponer la solicitud y durante el proceso por parte de la Secretaría Ejecutiva. Esta asistencia está concretamente encaminada a la defensa de los derechos de las personas solicitantes y refugiadas y tiene la característica de ser especializada, ya que los/as letrados se encuentran capacitados en el campo del derecho correspondiente. Por otro lado, al estar creada en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa se caracteriza por ser pública, autónoma y gratuita.⁴⁵

El ACNUR ha destacado como una buena práctica el mecanismo establecido en Argentina para la representación legal gratuita de solicitantes de asilo y ha calificado que se trata de una “*política generosa*”.⁴⁶ Considera que es un buen ejemplo para otros países, ya que es uno de los pocos países de América Latina con avances importantes en la materia. En particular, dentro de los países de Latinoamérica, únicamente Argentina cuenta con una área específica destinada a brindar asistencia jurídica pública, gratuita y especializada a personas refugiadas y solicitantes de dicha condición.

178 En cuanto a la estructura de la Comisión de Refugiados de la DGN, actualmente está integrada por nueve abogados/as, uno de los cuales ejerce la coordinación; y cuyas funciones principales son de asesoría y representación legal en el trámite de solicitud del reconocimiento de la condición de refugiados, y el personal auxiliar y/o administrativo.

Por otro lado, en función de la necesidad de brindar una atención interdisciplinaria, también conforman la Comisión un trabajador social, cuyas funciones están dadas por la necesidad de orientar y ayudar a las personas solicitantes de asilo o refugiadas a navegar por la compleja burocracia de los servicios sociales, a acceder a asistencia médica, vivienda, apoyo psicológico y otros servicios; y por una antropóloga, profesional que, dada la complejidad del caso, otorga un análisis más exhaustivo desde una disciplina que tome en cuenta de manera profunda aspectos culturales y manifestaciones sociales de determinadas comunidades humanas.⁴⁷

⁴⁴ Resolución DGN N° 1055/11, “Creación del Programa de Asesoramiento y Representación Legal para Personas Refugiadas y Solicitantes del Reconocimiento de la Condición de Refugiados”, 30/08/2011.

⁴⁵ DUBINSKY, Karina, FILARDI, Marcos E. y MENDOS, Lucas R., “El Derecho a la Asistencia letrada Efectiva...”, *op. cit.*, pp. 173-195.

⁴⁶ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “Buena práctica: Asistencia legal gratuita al solicitante. Representación legal gratuita en Argentina”, https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9284.pdf, consultado 19/04/2021.

⁴⁷ ARDALAN, Sabrineh, “Access to Justice for Asylum Seekers: Developing an Effective Model of Holistic Representation” 24/07/2015, en *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 48, N° 4 (2015), p. 1034.

2.1. Una aproximación al rol de la Comisión de Refugiados de la Defensoría General de la Nación

En el marco del procedimiento de DCR en Argentina, la asistencia legal a las personas beneficiarias puede brindarse al principio del trámite, ya sea cuando la persona manifieste voluntad de solicitar la condición de refugiado directamente en las dependencias de la Comisión de Refugiados de la DGN; o bien cuando concurrió a iniciar su trámite ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE y el solicitante manifestó su intención de contar con un representante legal (previa información brindada por la Secretaría Ejecutiva sobre este derecho), supuesto en el que la persona es referida a la oficina de Comisión de Refugiados de la DGN. Sin perjuicio de ello la persona solicitante que -por cualquier motivo- no haya contado con asistencia legal desde el inicio de la solicitud, puede acceder a ésta en todas y cualquier etapa en la que se encuentre el procedimiento.

Lo que comúnmente ocurre es que las personas se presentan en la sede de la Comisión de la DGN para que se las acompañe en la formalización de la solicitud desde el inicio del proceso.⁴⁸

Un supuesto especial es el de las personas privadas de libertad que hayan manifestado su necesidad de protección internacional, quienes también tienen acceso a la asistencia legal gratuita. La DGN instruyó la importancia de que frente una persona refugiada o solicitante de la condición se encuentra privada de su libertad deben arbitrarse los medios para evitar que se practique la notificación habitual a las autoridades consulares del país de su nacionalidad –a efectos de resguardar el principio de confidencialidad-, y notifiquen sin demora dicha situación a la Comisión.⁴⁹

La persona solicitante se presenta en la sede de la Comisión de Refugiados de la DGN, y si no inició ya previamente por su cuenta el procedimiento de DCR, se le otorga una cita con un abogado/a, debiendo concurrir el día y el horario asignado. En dicho encuentro el letrado/a pone en su conocimiento el proceso que se va iniciar, sus etapas, sus derechos y obligaciones; confecciona toda la documentación correspondiente y gestiona *a posteriori* el poder para actuar como su representante legal en el procedimiento de DCR.

En cuanto al ejercicio del patrocinio jurídico, una vez concretado el encuentro con el abogado/a y confeccionada toda la documentación necesaria, se presenta la solicitud formalmente ante la CONARE. Esto sucede en día y horario pactado, en que la persona solicitante y su representante legal acuden a la Secretaría Ejecutiva de la CONARE y presentan toda la documentación -carta, formulario, y poder-

⁴⁸ DGN. "Informe Anual 2019. Planilla de información Programas – Comisiones – Equipos de Trabajo DGN" (Periodo 1° De diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2019).

⁴⁹ Resolución DGN N° 770/12, 06/07/2012.

acompañada con la documental, si es que la hubiese, dando inicio formal al trámite.

En una instancia posterior, previa a la resolución del caso, los letrados/as acompañan a las personas solicitantes en las entrevistas de elegibilidad y presentan pruebas disponibles y conducentes para apoyar la solicitud. Asimismo, elaboran un alegato de todo lo actuado en el procedimiento, analizando el relato de hechos de la persona solicitante y de toda la información disponible sobre la situación objetiva de su país de origen, realizando el encuadre legal del caso.

Dado que el abogado acompaña a la persona solicitante en todas y cada una de las etapas del proceso, es fundamental para el cumplimiento de su labor mantener un contacto continuo con la persona, puesto que cualquier novedad o vicisitud que ocurra en el trámite (notificaciones de nuevas entrevistas o cambio de día y horario pactado; notificaciones de las resoluciones de la CONARE y resoluciones ministeriales, caducidad del trámite, y otros) será notificada a este y deberá transmitírsele a la brevedad a la persona asistida.

Una vez que la CONARE toma una decisión sobre el caso, si la persona asistida ha sido reconocida como refugiada, los abogados/as brindan orientación en la realización de los trámites necesarios para obtener la radicación y el documento nacional de identidad; así como su posterior renovación.

180 Por otro lado, si la CONARE ha denegado el reconocimiento de la condición de refugiado a la persona asistida, el representante legal interviene en la articulación de los recursos administrativos y judiciales correspondientes, velando siempre por que se respeten en el procedimiento todas y cada una de las garantías del debido proceso.⁵⁰ En primer lugar interpone recurso jerárquico ante el Ministro del Interior en el debido tiempo legal y forma. En caso que se encuentre agotada la vía administrativa, habiendo el Ministro del Interior rechazado el recurso interpuesto ante él, previa voluntad del interesado, se interpone demanda en sede judicial, actuando el abogado de la Comisión como letrado patrocinante.

Dentro de la Comisión, por cuestiones organizativas y de especialización, sólo dos abogados/as son quienes se encargan de las impugnaciones de las resoluciones denegatorias del reconocimiento de la condición de refugiado, así como de toda otra acción o presentación que deba efectuarse en sede judicial y requiera patrocinio jurídico en forma obligatoria.

A su vez, la Comisión brinda a las personas solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado y refugiadas asesoramiento sobre otras alternativas para su permanencia en el país en función de los demás criterios de radicación previstos en la legislación migratoria y sobre otras formas complementarias de protección. La Comisión de la DGN también brinda representación legal en la realización de otros

⁵⁰ Resolución DGN N° 1055/11, 30/08/2011.

trámites.⁵¹ También las personas solicitantes de la condición de refugiado pueden contar con patrocinio jurídico gratuito en los procesos judiciales de ciudadanía.⁵²

3. Estadísticas del sistema de asilo en Argentina

El volumen y las principales actividades de la CONARE y la Comisión de Refugiados de la DGN tienen un correlato con el contexto y las características de la población de solicitantes de asilo y refugiados. Estadísticamente en Argentina, desde el año 1985, cuando se creó el entonces Comité de Elegibilidad para Refugiados (CEPARE), hasta el año 2020 se registraron un total de 29.530 solicitudes de asilo, siendo el mayor pico alcanzado en el año 2019 con un total de 3.184.⁵³

Teniendo en cuenta las últimas estadísticas oficiales publicadas, que comprenden el período desde el año 2016 al 2020, en donde se registran un total de 11.198 solicitudes,⁵⁴ una de las características que se destaca es que la mayor cantidad de solicitudes fueron presentadas por personas venezolanas y senegalesas. Igualmente, se registran solicitudes de otros países, siendo las otras principales nacionalidades de origen en importancia la cubana con el 8%; haitiana con el 11%, y la dominicana con el 6%.⁵⁵

Las solicitudes de personas de nacionalidad senegalesa, no obstante, no tienen correspondencia con los datos de solicitudes reconocidas, ya que constituye una población que en general no presentan necesidades de protección internacional. La Secretaria Ejecutiva de la CONARE indicó que desde el año 1985 al presente solo se registran 73 personas senegalesas reconocidas; de ese total 42 mantienen su estatuto vigente.⁵⁶

Con respecto a las solicitudes de personas refugiadas reconocidas, los reconocimientos se encuentran encabezados por personas venezolanas con un total de 312, representando el 33% del total de las personas reconocidas.⁵⁷ Ello es parte de una atención a nivel general, en América Latina y el Caribe, donde se estima que más de 798.276 personas han formalizado solicitudes de la condición de refugiado hasta marzo de 2021,⁵⁸ debido a la compleja situación socioeconómica y política en la República Bolivariana de Venezuela.

En particular, en el caso de Argentina, del año 2016 al año 2019 las solicitudes

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Resolución DGN N° 771/12, 06/07/2012.

⁵³ CONARE, "Estadísticas 2016-2020", URL http://www.migraciones.gov.ar/pdf/conare/estadisticas_conare_2020.pdf consultado 31/03/2021.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Secretaria Ejecutiva, comunicación personal, 05/11/2019.

⁵⁷ CONARE, "Estadísticas 2016-2020", *op. cit.*

⁵⁸ Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, <https://r4v.info/es/situations/platform>, consultado el 19/04/2021.

presentadas por nacionales venezolanos hicieron un salto cuantitativo enorme.⁵⁹

Particularmente, en cuanto a los datos estadísticos de la Comisión de Refugiados de la DGN -en la cual se registra, desde su creación, un total de 5456 casos-⁶⁰ el volumen de casos que maneja siempre es el reflejo dinámico de las estadísticas de la CONARE.

Como se observa, las solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado en Argentina provienen de nacionales de varios países. También se advierte que no todos las personas solicitantes son refugiadas, y la mayoría de las solicitudes son denegadas por la CONARE, sólo el 21,4% (sobre los casos resueltos) de las personas solicitantes fueron reconocidas como refugiadas según las últimas estadísticas publicadas.⁶¹

Toda persona tiene derecho a solicitar protección internacional,⁶² al igual que todos sin importar los motivos que manifiesten tienen el derecho de gozar representación legal a lo largo de dicho proceso. En esta tesitura, la CONARE admite y da curso al procedimiento conforme la normativa a todas las solicitudes, y la Comisión de Refugiados de la DGN, tampoco hace distinciones para brindar su representación legal en el proceso.

Es comprensible que los migrantes o personas que no requieren protección internacional a priori, recurran a solicitar el reconocimiento del estatuto de refugiado para obtener algún tipo de residencia en el país, frente a la imposibilidad de encuadrar en los supuestos de la ley migratoria,⁶³ o por contar con impedimentos previstos en la legislación migratoria como el ingreso irregular, ya que al presentar la solicitud obtienen el Certificado de Residencia Precaria. Sin embargo, esta situación tiene como corolario un importante volumen de solicitudes que resultan ser manifiestamente infundadas y abusiva que demandan atención.

182

IV.- Procedimiento de DCR en Argentina y el rol del representante legal en las diferentes etapas

1. El procedimiento de determinación de la condición de refugiado en Argentina

En nuestro país, el procedimiento de determinación de la condición de refugiado está regido por la Ley N° 26.165, que regula aspectos y garantías específicas que hacen al carácter especial del procedimiento de DCR, y de manera subsidiaria, en todo lo que no es objeto de su expresa regulación específica, por la Ley de

⁵⁹ CONARE, "Estadísticas 2016-2020", *op. cit.*

⁶⁰ Según base de datos de la Comisión de la DGN al 31 de octubre de 2019.

⁶¹ CONARE, "Estadísticas 2016-2020", *op. cit.*

⁶² Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10/12/1948 art. 22.7 y *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22/11/1969, art. 22.7.

⁶³ Ley 25.871, "Ley de Migraciones", B.O. 21/01/2004, arts. 22-24.

Procedimientos Administrativos N° 19.549 y sus modificaciones.⁶⁴ Como principio, tanto en sus artículos 1° como 57°, la Ley N° 26.165 establece que sus disposiciones y alcances deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con principios y normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos ratificadas por la República Argentina y/o contenidas en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. En lo que al procedimiento se refiere, la Ley precisa que la determinación de la condición de refugiado se llevará a cabo con arreglo a los principios de confidencialidad y de debido proceso legal, reconociéndosele a la persona solicitante de asilo, entre otros derechos, el de ser asistida por un defensor en todas las instancias del procedimiento, recayendo la obligación de asegurar la accesibilidad en la CONARE.⁶⁵ La Ley también recepta el principio de no devolución, piedra angular del procedimiento de DCR;⁶⁶ el principio de unidad de familia⁶⁷ y el de ayuda administrativa que se relaciona con la seguridad de la persona refugiada ante la imposibilidad o negativa de tomar contacto con las autoridades del país de origen;⁶⁸ y el de no sanción por ingreso irregular.⁶⁹ En este marco legal y teórico, el representante legal actúa de manera que todos estos principios, derechos y garantías sean amparados.

Como se ha adelantado, el procedimiento de DCR en Argentina cuenta con dos modalidades. El procedimiento sumario en particular, ha sido establecido por la CONARE en busca de una solución frente a la problemática de las crecientes solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas, y la necesidad, a su vez, de priorizar la resolución rápida de casos manifiestamente fundados. Ello será desarrollado más adelante.

El procedimiento ordinario, refiere al procedimiento general establecido por Ley, que se inicia con la presentación de la formalización escrita de la solicitud, que puede ser presentada por el extranjero ante cualquier autoridad ya sea central, regional o municipal, de policía, fronteras, migración, judicial o cualquier otro funcionario habilitado que tuviera, como establece la Ley, “conocimiento de la aspiración de un extranjero de acceder al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado”, quien debe remitir inmediatamente la solicitud a la Secretaría Ejecutiva de la CONARE, que luego de recibirla procede a su registro.⁷⁰

La Secretaría Ejecutiva de la CONARE es el lugar donde mayormente se inician las solicitudes. A su vez, las solicitudes pueden ser formalizadas en las fronteras, en cuyo caso, el procedimiento previsto en Argentina establece que si la persona

⁶⁴ Ley 26.165, op. cit, art. 34.

⁶⁵ *Ibid.*, art. 32.

⁶⁶ *Ibid.*, art. 7.

⁶⁷ *Ibid.*, arts. 5, 6.

⁶⁸ *Ibid.*, art 17.

⁶⁹ *Ibid.*, art 40.

⁷⁰ *Ibid.*, arts. 36, 39.

realiza el pedido en frontera, se le otorgará un permiso de ingreso con una vigencia de 48 horas, con la obligación de presentarse personalmente en la Secretaría o Delegación Migratoria más próxima para formalizar la solicitud.

Para efectos de su estudio, se puede organizar al procedimiento de DCR en diferentes etapas cronológicas según las distintas fases del proceso administrativo en primera instancia ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE, a cuyo efecto se presentarán las fases: inicial, ampliatoria y resolutive.

1.1. Fase inicial del procedimiento

Inicialmente, si la persona se presenta ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE y manifiesta su interés en formalizar una solicitud de la condición de refugiado por abrigar necesidades de protección internacional, el primer paso para las autoridades correspondientes es darle a conocer su derecho de contar o no con representación legal gratuita en el proceso. Si la persona quiere hacer uso de dicho derecho es dirigido a la Comisión de Refugiado de la DGN; por el contrario si la persona manifiesta su voluntad de no contar con representación legal en ese momento, el trámite continuará su curso en la Secretaría Ejecutiva.

184 La Secretaría Ejecutiva de la CONARE otorga a la persona requirente un turno para el inicio de la solicitud. Dado que el volumen de las solicitudes es alto -con relación a los recursos con lo que cuenta la CONARE- estas citas son de meses de espera, lo que deriva, en ocasiones, en que la persona solicitante recurra a la Comisión de Refugiado de la DGN, en busca de una respuesta más pronta.

Al momento de formalizar la solicitud, la persona solicitante es notificada sobre el procedimiento y sobre sus derechos y obligaciones y firma prestando su conformidad. En esta instancia la persona también debe cumplir con una serie de requisitos, como presentar, además de la documentación de identidad o de viaje que posea, su declaración escrita de los motivos por los cuales abandonó o por los cuales no puede regresar a su país de origen y por los cuales requiere protección internacional del Estado argentino; y debe completar un formulario en donde deja consignado sus datos personales, familiares y migratorios; todo lo cual es incorporado al expediente que se conformará. En el caso que haya contado con representación legal de un abogado desde el inicio, esta documentación es confeccionada en las dependencias de la Comisión de Refugiado de la DGN.

La carga de la solicitud en el sistema de registro de la CONARE es engorrosa y lenta, lo que hace extenso el inicio formal.

Con la declaración escrita del solicitante, funcionarios de la CONARE, capacitados para ello y designados formalmente al efecto, calificarán el tipo de procedimiento que el expediente seguirá, es decir: si el caso se instruirá por la vía ordinaria o sumaria.

Si el proceso se instruye por la vía ordinaria, incorporada dicha documentación al expediente, se procederá a informar al solicitante la fecha en que se llevará a cabo la entrevista de elegibilidad y se le hará entrega del Certificado de Residencia Precaria como solicitante de la condición de refugiado, documento que autoriza a residir en el país de manera legal y acceder a derechos fundamentales en el territorio argentino. Dicho documento debe ser renovado trimestralmente ya que de esta manera el interesado impulsa el proceso, si no lo hiciese, transcurrido el plazo de 60 días hábiles de la paralización de la solicitud se declara la caducidad del mismo.

1.2. Fase ampliatoria:

1.2.1. La entrevista de elegibilidad

Culminada la etapa inicial, el siguiente paso es una instancia central y sustancial del procedimiento, tendiente a ampliar la declaración escrita presentada por la persona solicitante mediante la entrevista de elegibilidad, que es personal y pueden ser una o varias según lo requiera el caso, y es llevada a cabo por los oficiales de elegibilidad.

En la misma, según lo establece la Ley, la persona interesada tiene la obligación de decir la verdad, esclarecer los hechos invocados y los motivos personales en que se basa su solicitud; debe suministrar información y explicaciones satisfactorias sobre su persona y experiencia con los detalles necesarios para determinar los hechos pertinentes y contestar a las preguntas que se le formulen.⁷¹ Durante el transcurso de la entrevista, el oficial de elegibilidad elaborará un acta transcribiendo los dichos de la persona de la manera más fiel posible. En la entrevista están presentes el intérprete, si fuese necesario, y el representante legal, si lo tuviese, quien velará por la correcta realización de la entrevista en sus aspectos técnicos y formales.

La entrevista es considerada un elemento esencial del procedimiento de DCR, es obligatoria y sirve para recabar información directa de la persona solicitante lo que permite una mayor aproximación a las razones y hechos vividos por los cuales salió de su país o no puede regresar a él; constituyéndose un elemento determinante para la toma de la decisión final.

Dada la importancia de este acto, se espera que las entrevistas de elegibilidad cumplan con determinados estándares y parámetros, entre los cuales se puede mencionar: que su preparación sea adecuada, así, el oficial de elegibilidad debe contar con un mínimo de información respecto del caso, siendo óptimo que posea conocimientos previos sobre el

⁷¹ FIGUEROA, M. Soledad y MARCOGLIESE, M. José, "Avances normativos e institucionales en la protección de los refugiados en la República Argentina", en LETTIERI Martin (editor), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, 2012, Universidad de Lanús, Buenos Aires, p. 378.

país de origen como de las circunstancias alegadas por la persona para poder formular preguntas adecuadas, identificar la información faltante, contradictoria o confusa a los efectos específicos de la determinación de la condición de refugiados.

Entre otras cosas, para que la entrevista pueda llevarse adelante de manera eficaz, el oficial de elegibilidad no sólo debe conocer sobre técnicas de entrevista, si no que debería también generar un ambiente de confianza para que la personas pueda revelar más detalles sobre su situación y los hechos de su caso, debiendo tener especial consideración al hecho de que constituyen una población vulnerable y que han vivido traumas por lo que puede resultársele dificultoso el relato de sus historias, pueden vacilar, o dar explicaciones incoherentes y contradictorias, debiendo las preguntas estar dirigidas a ayudar a la persona solicitante y lograr obtener un relato consistente y coherente de su situación.⁷²

Es necesario mencionar que, en la práctica esos estándares que exigen las entrevistas, muchas veces no se alcanzan. Por un lado, no hay duda que en la entrevista las personas solicitantes se esfuerzan por comunicarse correctamente para ganar confianza y para expresar su situación;⁷³ sin embargo por la necesidad de ser aceptadas y encuadrar en lo que ellas consideran que es una persona refugiada, en ocasiones puede incurrir en contar historias distintas a las propias por considerarlas más “merecedoras” de aprobación o a exagerar o adaptar sus relatos para que sean considerados más creíbles o contundentes. En la mayoría de los casos esto termina perjudicándolas a sí mismas, ya que ello usualmente, conlleva la denegación del reconocimiento del estatuto por falta de credibilidad. También debe considerarse el hecho que, debido a las experiencias traumáticas por las que pueden haber pasado, o por el perfil, las personas solicitantes no suelen encontrarse en condiciones de hablar fluida y libremente o que, debido al tiempo transcurrido o la intensidad de los sucesos pasados, no puedan recordar con precisión todos los detalles, circunstancias que deben ser tenidas en cuenta al momento de la entrevista y de evaluar la credibilidad.⁷⁴

Por otro lado, el oficial de elegibilidad participa activamente de la construcción de la narrativa y en ocasiones “construye y determina la verosimilitud del temor fundado, y, en gran parte de los casos, desautoriza y silencia al peticionante”.⁷⁵ En

⁷² Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado. Módulo de capacitación”, 01/01/1995, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2006/3683>, consultado 19/04/2021.

⁷³ CABOT, Heath, “The social aesthetics of eligibility: NGO aid and indeterminacy in the Greek asylum process”, en *American Ethnologist*, Vol. 40, No. 3, 9/08/2013, p. 452.

⁷⁴ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo”, 16/1/1998, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1906.pdf>, consultado 19/04/2021, párr. 9.

⁷⁵ MC CALLUM, Stephani, “El refugiado hiperreal. Formas legítimas e ilegítimas de ser refugiado en Argentina” en *Revista Temas de Antropología y Migración*, N° 4, 12/2012, p. 38.

particular, esta tarea específica puede llevar a desarrollar, producto del agotamiento -cuando los funcionarios llevan un largo tiempo asignados a esta única tarea-, prejuicios o estereotipos con respecto a algunas nacionalidades o tipos de casos, que pueden influir en la toma de decisión y el direccionamiento involuntario de la entrevista. Estas construcciones se deben a la unicidad de causa y reiteración en la narrativa, con pequeñas variaciones, de personas solicitantes de una misma nacionalidad (y en ocasiones de una misma región) habitualmente sin mayores fundamentos que justifiquen su solicitud de protección.⁷⁶

Ello no implica que alguien de un país en particular no tiene motivos más o menos justificados para requerir protección, pero aquellos funcionarios que se encuentran en esa situación pueden partir de una presunción,⁷⁷ de un enfoque subjetivo sin ninguna otra justificación que un conjunto de ideas preconcebidas determinadas por el grupo al que pertenece la persona.⁷⁸ Se parte de la base de que el discurso carece de credibilidad, por lo que la entrevista estará, en ese caso, orientada a destruir la veracidad del relato, aún si esto sucede a un nivel no consciente ni buscado.

Estas circunstancias hacen que el rol del representante legal adquiera importancia, ya que aconseja y ayuda a la persona asistida a presentar su relato de manera más ordenada y adecuada, y ejerce la función de contralor de la función del oficial de elegibilidad para que las preguntas que se le formulen no le sean perjudiciales, o bien la transcripción de lo relatado refleje el sentido de lo que la persona realmente quiso manifestar.

En entrevistas no estructuradas realizadas con oficiales de elegibilidad, en particular consultándoles la opinión acerca de la intervención y la presencia del representante legal; por un lado se registró una preferencia en los casos que son considerados “fundados”, es decir de personas que a priori tienen necesidades de protección de manera palmaria. Así, han manifestado que la presencia de un abogado es indistinta o que no afecta en lo personal la forma en que conducen la entrevista y su resultado, ya que en un punto hay una convergencia en el objetivo de obtener información e identificar los hechos relevantes del caso y en que la persona tenga la oportunidad de presentarlos personalmente de manera correcta.

187

⁷⁶ A modo de ejemplo, muchas de las personas de nacionalidad india o bangladesíes suelen alegar persecución a causa de su pertenencia a un partido político, y tanto los partidos políticos como los acontecimientos sufridos son causa unánime en los diferentes relatos. Lo mismo ocurre con la mayoría de las personas nacionales de Ghana que en muchas ocasiones suelen manifestar ser herederos de jefaturas de su comunidad, posición que implicaría la realización de sacrificios, que frente a una negativa sus vidas se encuentran en peligro.

⁷⁷ JUBANY, Olga, “Constructing truths in a culture of disbelief: Understanding asylum screening from within”, en *International Sociology*, Vol.26, No. 1, 20/01/2011, p. 83.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 87.

A su vez, consideran que es apropiado que la persona solicitante este acompañada por un representante legal, siempre y cuando tenga conocimiento en la materia como un abogado de la Comisión de la DGN.⁷⁹

Sin embargo, por otro lado, la presencia letrada no es bien recepcionada en los casos denominados “infundados o abusivos” al considerar que se torna más engorroso el proceso y se destinan recursos y tiempo a casos que evidentemente no requieren ese tipo de protección, en particular refiriendo a las gestiones para coordinar una entrevista o a las intervenciones que puede tener el representante legal durante la misma.⁸⁰

1.2.2. Los medios probatorios

188 Cuando la entrevista de elegibilidad llega a su fin, se informa al peticionante que podrá ampliar los elementos probatorios presentados en el expediente o aportar todos los medios probatorios que tenga disponibles. Debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos el relato de hechos es el único aporte que las personas solicitantes pueden hacer ya que, en general, quienes buscan protección internacional dejan sus países de manera precipitada, y son raras las ocasiones en que han tenido tiempo para llevar consigo documentos de viaje y pruebas fehacientes que darán crédito a sus relatos. Por esto es que en este tipo de procedimiento especial no es aplicable el principio general de derecho según el cual la carga de la prueba recae sobre quien alega el hecho,⁸¹ si no que, por las particularidades de la situación de las personas refugiadas, el oficial de elegibilidad comparte con el solicitante el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes del caso. En definitiva la carga de la prueba en este tipo de procedimientos es compartida entre el examinador y la persona interesada.⁸² Con frecuencia el examinador depende exclusivamente de lo que manifiesta verbalmente el solicitante y realiza una evaluación a la luz de la situación objetiva en el país de origen.⁸³

En el caso que la persona solicitante cuente con representación legal, el abogado cuenta con 30 días hábiles luego de la entrevista para presentar alegato de lo actuado en el expediente. Este plazo surge de un acuerdo *ad hoc* entre la CONARE y la Comisión de Refugiados de la DGN. En este tipo de presentación, se analiza y busca información del país de origen adecuada para dar un fundamento sólido a la solicitud con el fin de demostrar que el temor de persecución manifestado por la persona

⁷⁹ Oficiales de elegibilidad, comunicaciones personales, 13/08/2018.

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ GALINDO VÉLEZ, Francisco, “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”, en NAMIHAS, Sandra, *Derecho Internacional de los Refugiados*, 2001, Pontificia Universidad Católica del Perú Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, p. 61.

⁸² Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “Nota sobre la Prueba...” *op. cit.*, párr. 6.

⁸³ *Ibíd.*, párr. 20.

asistida es fundado o bien que su vida o seguridad se encuentran amenazadas. La información proviene de fuentes confiables y variadas, y su selección deberá buscar encuadrar el caso en las definiciones de refugiado establecidas en la legislación.

La presentación de este alegato en el caso por parte del representante legal es relevante por un lado por que acompaña y otorga mayor fundamento al relato de la persona solicitante y contribuye con la objetividad de la resolución del caso ya que el juicio del oficial de elegibilidad podría estar teñido por alguno de los prejuicios mencionados que haga que su labor no sea imparcial, pudiendo afectar el correcto análisis del caso. Por otro lado, en muchas ocasiones el encuadre de los hechos en la normativa puede resultar poco evidente, es decir, que la solicitud a simple vista no encuadraría en las definiciones legales establecidas, por ejemplo casos en que los peticionantes alegan inicialmente haber salido de su país principalmente por razones económicas. *A priori* podría decirse que se trata de “migrantes económicos” que no requerirían protección internacional, sin embargo en algunos casos esa misma privación de sus derechos económicos puede ser manifestación directa de un acto de discriminación por el hecho de pertenecer a una determinada etnia, o grupo social, por citar un ejemplo. De ahí que la necesidad de conocimientos legales y el estudio de las circunstancias del país de origen desde un enfoque profesional, que son ajenas al peticionante, son necesarias para una decisión correcta en el caso.

Lo cierto es que la determinación de la condición de refugiado no busca identificar a las personas refugiadas con un grado de certeza absoluta, sino establecer con un grado de probabilidad de que lo sean.⁸⁴ No es necesario que el oficial de elegibilidad esté totalmente convencido de la veracidad de todas y cada una de las afirmaciones de la persona solicitante sobre los hechos ocurridos; si no que necesita decidir si, basado en la evidencia suministrada así como en la veracidad de las declaraciones de la persona solicitante, es probable que sus declaraciones sean creíbles.⁸⁵ El oficial de elegibilidad debe:

“...tener en cuenta elementos tales como la razonabilidad de los hechos alegados, la consistencia general y coherencia de la historia del solicitante, la evidencia complementaria aducida por el solicitante en apoyo de sus declaraciones, la consistencia con acontecimientos de conocimiento público o generalmente conocidos y la situación conocida en el país de origen. La credibilidad se establece cuando el solicitante ha presentado una solicitud coherente y verosímil, que no contradice hechos de conocimiento público y que por lo tanto, en su conjunto, puede resultar creíble”⁸⁶

⁸⁴ *Ibíd.*, párr. 2.

⁸⁵ *Ibíd.* párr. 8.

⁸⁶ *Ibíd.* párr. 11.

1.3. Fase resolutive del procedimiento

Con toda la información recolectada en el expediente, el oficial de elegibilidad procede a elaborar el informe técnico no vinculante,⁸⁷ en el cual se consignan los datos del solicitante, los hechos y documentación que fundamentan la solicitud, la información acerca de la entrevista, la información pertinente del país de origen; y realiza el encuadre del caso en la definición de refugiado contenida en la Ley 26.165.

No hay un plazo legal establecido para la confección del informe técnico, muchas veces varía según la complejidad del caso o la necesidad de su pronta resolución, lo que hace que unos sean trabajados con mayor prioridad y celeridad que otros.

Dicho informe es elevado a la CONARE para su consideración, organismo que en las reuniones periódicas que se convocan al efecto, decidirá reconocer o no el estatuto de refugiado. Tomada la decisión por la CONARE, se emite una resolución escrita, que se basa en las consideraciones finales del informe técnico y comparte sus argumentos, de modo que siempre hay coincidencia entre estos. Si la CONARE discrepa con la recomendación del informe técnico o solicita más información, el caso se devuelve a la Secretaría Ejecutiva y el oficial de elegibilidad deberá tomar la acción necesaria.

Si una persona es reconocida como refugiada será acreedora de tener residencia temporaria en el país y la correspondiente documentación personal. La residencia es otorgada en principio por el término de dos años con posibilidad de prórroga, debiendo luego tramitar su renovación siempre y cuando siga gozando del estatuto de refugiado,⁸⁸ y bajo ciertas condiciones sencillas, puede, a posterior, acceder a la residencia permanente.

Por el contrario, si el reconocimiento de la condición de refugiado fue denegado, la persona interesada tiene derecho a interponer un recurso jerárquico ante la Secretaría Ejecutiva en el plazo de diez días hábiles,⁸⁹ el que será elevado y resuelto por el Ministro del Interior. En este caso, el Certificado de Residencia Precaria es renovado por el mismo plazo (10 días), dentro del cual debe ser recurrida la decisión, y luego es renovando nuevamente de manera regular cada tres meses y hasta tanto se reciba la decisión ministerial.

Cuando la Secretaría Ejecutiva notifica de la denegatoria del reconocimiento de la condición de refugiado por la CONARE en primera instancia, asesora a los solicitantes a concurrir el mismo día o en su defecto cuanto antes a la sede de la Comisión de Refugiado de la DGN -para contar con un representante legal en caso que aún no tuviera asistencia legal- quien recurrirá la decisión en legal tiempo y forma. La mayoría de las personas solicitantes recurren a la defensa legal gratuita

⁸⁷ Ley 26.165, *op. cit.*, art. 31.

⁸⁸ Ley 25.871, *op. cit.*, art. 23, k).

⁸⁹ Ley 26.165, *op. cit.*, art. 50.

provista por la DGN y muy rara vez suelen acudir a un abogado particular, ya sea por la especificidad en la materia, que hace que la Comisión de Refugiados de la DGN este adecuadamente capacitada para ello; o, en la mayoría de los casos, las personas solicitantes no cuentan con los recursos económicos que una defensa particular implica. En esta instancia es en donde se refleja realmente la necesidad del solicitante de contar con una tutela judicial efectiva.

Interpuesto el recurso jerárquico, previa intervención de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para la elaboración del dictamen legal previo, la Secretaría de Interior del Ministerio del Interior puede resolver hacer o no lugar al mismo. En general esto último es lo que usualmente ocurre y en consecuencia las resoluciones ministeriales de segunda instancia coinciden casi en su totalidad con la decisión de la CONARE. Sólo se registran cuatro casos en los cuales la decisión de la Comisión fue revertida.⁹⁰

Vale decir que con el rechazo ministerial del recurso jerárquico interpuesto queda agotada la vía administrativa, presentándose la posibilidad de impugnar la decisión judicialmente conforme al procedimiento administrativo aplicable.

En este punto del procedimiento, si la persona interesada, no contase con representación legal gratuita, podrá recurrir a los servicios de la Comisión de Refugiados de la DGN, derecho que la CONARE informará al momento de la notificación de la resolución de rechazo del recurso. En este supuesto, los abogados se constituyen como letrados patrocinantes, por lo que cualquier impulso procesal necesitará la firma de su asistido. Esta figura resulta de utilidad en esta instancia puesto que, si el abogado continuase como representante legal, recaería sobre él la responsabilidad de continuar con la instancia judicial salvo manifestación contraria de la voluntad de la persona asistida; y lo cierto es que, en muchas ocasiones, se pierde contacto con la persona solicitante porque pierde interés en la prosecución del proceso, ya sea porque se radicó por alguna vía migratoria o bien porque salió del país.

Otro aspecto de esta etapa en la que se agota la vía administrativa, es que si el recurso es rechazado, al ser notificada la denegatoria del Ministro del Interior a la persona interesada, la autoridad debe retener su Certificado de Residencia Precaria. Como consecuencia la persona en muchos casos queda carente de documentación que le permita permanecer de forma regular en el país, incluso en algunos casos carente de todo tipo de documentación identificatoria (aún si esta no es la naturaleza de dicho documento, pero se transforma en la única identificación para las personas que se encuentran indocumentadas), ello hace que la persona se encuentre inermes, aún incluso cuando la denegatoria del estatuto no se ha constituido firme en sede judicial.

En este supuesto, el Certificado de Residencia Precaria es restituido únicamente una vez acreditada en la Secretaría Ejecutiva de la CONARE la interposición de la

⁹⁰ Secretaría Ejecutiva, comunicación personal, 02/12/2019.

demanda judicial para la revisión de las decisiones administrativa mediante copia del oficio debidamente diligenciado a la Procuración del Tesoro.⁹¹

La posibilidad de recurrir las decisiones de la CONARE con asistencia legal gratuita busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión que puede haber sido adoptada con vicios en el procedimiento o de manera arbitraria que ocasionaría un perjuicio indebido a los intereses de la persona; protegiendo sus derechos y no los intereses del Poder Ejecutivo.⁹²

Es trascendental el goce de esta garantía y el ejercicio de este derecho en esta instancia ya que, como se mencionó precedentemente, es un procedimiento que puede estar impregnado de otros tipos de intereses del Estado que exceden el trabajo técnico. Téngase en cuenta que la CONARE, en el organigrama ministerial, se encuentra dentro del Ministerio de Interior en la órbita del Poder Ejecutivo, por lo tanto si bien el reconocimiento de la condición de refugiado tiene naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria, y su concesión no debe ser interpretada como “*un acto inamistoso hacia el país de origen de los refugiados*”,⁹³ no se encuentra ajeno a la presión de distintos intereses políticos, que pueden ir desde políticas migratorias hasta relaciones internacionales o diplomáticas.

2. Procedimiento sumario

192

En virtud de las facultades que le otorga a la CONARE el artículo 25 de la Ley 26.165, y teniendo en cuenta la Conclusión N° 30 del Comité Ejecutivo del ACNUR⁹⁴ que define a las solicitudes manifiestamente infundadas o abusivas como “aquellas que son claramente fraudulentas o que no guardan relación con los criterios para la concesión de la condición de refugiado establecidos en la Convención [...] de 1951 [...] ni con otro criterio que justifique la concesión de asilo”,⁹⁵ la CONARE aprobó el “*procedimiento sumario*” para las solicitudes del estatuto de refugiado “manifiestamente fundadas e infundadas o abusivas”.

El procedimiento sumario se caracteriza en términos generales por tener plazos más exiguos y obtener resoluciones de los casos de manera más expedita.

⁹¹ La Secretaría Ejecutiva de la CONARE explicó que se empezó a pedir copia de aquel oficio por que se iniciaban las causa judiciales, más, una vez entregada la precaria, no avanzaban con estas (Secretaría Ejecutiva, comunicación personal, 05 /11/ 2019).

⁹² THEA, Federico, “Art. 8°: Garantías Judiciales”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, La Ley, 2013., p. 159.

⁹³ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, *op. cit.*, conclusión cuarta.

⁹⁴ Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Conclusión N° 30 (XXXIV), “El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas”, 1983, 34° período de sesiones., párr. d.

⁹⁵ CONARE, Acta Resolutiva N° 001/2009, Anexo I, 3.1, 23/07/2009.

Mediante la creación de esta modalidad del procedimiento se buscaba desalentar las presentaciones de solicitudes infundadas y abusivas y beneficiar a las solicitudes manifiestamente fundadas con una pronta resolución. Podría ser entendido *a priori* como una práctica útil y efectiva ya que se busca descongestionar y liberar recursos, reducir la carga y mejorar la capacidad del organismo para responder a las necesidades de protección que son requeridas.

Se comparte en principio la necesidad de que el procedimiento pueda ser más célere y eficaz para los casos manifiestamente fundados en los cuales no existen dudas de que la persona requiere protección internacional, dado que las características de los mismos hacen a la necesidad de una tramitación urgente y/o prioritaria para otorgar un rápido reconocimiento del estatuto.

Ahora bien, diferente es respecto a las solicitudes infundadas o abusivas, en cuyo caso el procedimiento sumario merece ser observado y aplicado con cautela, ya que al imprimirles plazos breves para su estudio y resolución puede provocar obstáculos o impedimentos para asegurar las garantías del debido proceso, y también puede cuestionarse que esta medida alcance el objetivo buscado en la práctica.

El ACNUR ha indicado que “[l]a omisión de las garantías procesales fundamentales y/o establecer plazos breves para el examen, puede dar lugar a defectos en las decisiones que pueden perjudicar el objetivo del procedimiento de asilo justo y eficiente, y puede prolongar el procedimiento ante la instancia de casación”.⁹⁶ De modo que en definitiva, el procedimiento sumario puede llevar a decisiones erróneas poniendo en grave riesgo a la persona, desvirtuando el verdadero objetivo del procedimiento de DCR, socavando derechos tales como la protección contra la no devolución.

Como se mencionó, si bien la Convención de 1951 no regula explícitamente los procedimientos de asilo, tales procedimientos son esenciales y, por lo tanto deben respetar todas las obligaciones y principios establecidos por la Convención de 1951 y en los instrumentos de derechos humanos aplicables.

Al respecto, el ACNUR considera que:

“...cualquier aceleración del examen de una solicitud de asilo debe hacerse de conformidad con los principios jurídicos generales del derecho comunitario y no debe hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de las garantías procesales; lo que generalmente se conoce como el principio de efectividad. Las garantías procesales [...] deben ser preservadas”.⁹⁷

⁹⁶ Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”, 21/05/2010, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7843>, consultado 19/04/2021, párr. 11.

⁹⁷ *Ibíd.*

Con relación a este tema en particular, se expidió la Corte IDH en un caso en el que, entre otras cosas, estaban en juego las garantías de debido proceso en el procedimiento de DCR, y reconoció que:

“...los Estados pueden establecer “procedimientos acelerados” para resolver solicitudes que sean “manifiestamente infundadas y abusivas”, respecto de las cuales no existe la necesidad de protección internacional. No obstante, dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante, aún en esos procedimientos deben respetarse las mínimas garantías de audiencia, de determinación de ese carácter infundado o abusivo de la solicitud por parte de la autoridad competente y de posibilitar la revisión de la decisión negativa antes de una expulsión”.⁹⁸

Tal como está establecido este procedimiento sumario, como fue referido anteriormente, la carta de solicitud que se presenta al inicio del procedimiento y que expresa los motivos por los cuales se requiere protección internacional es el medio por el cual el oficial de elegibilidad de la Secretaría Ejecutiva, designado al efecto, identifica si el caso reviste las características necesarias para que proceda su tramitación acelerada bajo este tipo de procedimiento. Si así lo amerita, el funcionario emite providencia fundada por la cual se da curso sumario al tratamiento de la solicitud.

194

La entrevista de elegibilidad es llevada a cabo el mismo día o el siguiente día hábil, o la primera fecha disponible. Luego de realizada, en el término de 72 horas el oficial de elegibilidad deberá proceder al análisis del caso y elaborar el informe técnico correspondiente. Si tuviese el interesado representación legal, el letrado podrá presentar alegato sobre las actuaciones dentro de las 72hs.

El Acta Resolutiva N° 001/2009 establece que la persona será citada dentro del sexto día hábil siguiente a la realización de la entrevista para notificar la decisión que adopte la CONARE,⁹⁹ sin embargo usualmente la persona es citada a los 20 días hábiles posteriores al inicio de la solicitud, momento en el cual se le notifica de la resolución del caso, si correspondiese, y se le hace entrega del correspondiente Certificado de Residencia Precaria.

Cabe observar que esta práctica está vinculada a que bajo este procedimiento sumario, la documentación respectiva que le da acceso a tantísimos derechos fundamentales, es entregada luego de transcurridos 20 días hábiles, lo que en determinadas circunstancias puede acarrear un grave perjuicio para la persona al verse imposibilitada, por carecer de documentación, a desenvolverse plenamente en ámbito laboral, de salud, y otros.

⁹⁸ Corte IDH, “Caso Pacheco Tineo”, *op. cit.*, cons. 172.

⁹⁹ CONARE, Acta Resolutiva N° 001/2009, *op. cit.*, Anexo I, 3.2.

2.1. La representación legal en el Procedimiento Sumario y la garantía de un plazo razonable

El establecimiento de procedimientos acelerados puede traer consecuencias ligadas a una determinación errónea de la condición de refugiado. Debido a ello es imperante la garantía de contar con la asistencia y representación legal, y su intervención efectiva para la salvaguarda de las mínimas garantías procesales, las que pueden ser menoscabadas debido a la celeridad del procedimiento, y por consiguiente el goce a distintos aspectos del derecho de defensa como el derecho a un recurso efectivo frente a dicha decisión.

La CADH,¹⁰⁰ y la misma Ley 26.165 establecen la obligación de concederse el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa de los intereses de las personas solicitantes de la condición de refugiado,¹⁰¹ e incluso la Corte IDH entendió que:

“[u]no de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención (...) Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención”.¹⁰²

195

Claro está que el representante legal debe velar para que se respeten y se cumplan cada uno de los derechos de sus asistidos. Sin embargo, los plazos exiguos y la necesidad de acelerar la resolución del caso en el procedimiento sumario, en muchas situaciones, hacen que el derecho a defensa y su efectividad, se vean afectados.

“El derecho a la asistencia jurídica y la representación legal se ve socavado cuando los procedimientos no brindan tiempo o es insuficiente para discutir el caso con un asesor jurídico... La aplicación estricta de un plazo corto para la asistencia jurídica sin tomar en consideración las circunstancias particulares del caso puede minar la efectividad del derecho a la asistencia jurídica y la representación en los procedimientos de asilo”.¹⁰³

Debe mencionarse que la Comisión de Refugiados de la DGN, a través de las presentaciones administrativas y judiciales de sus abogados, plantea la nulidad e inconstitucionalidad del procedimiento sumario establecido por Acta Resolutiva N°

¹⁰⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, art. 8, c).

¹⁰¹ Ley 26.165, *op. cit.*, art. 32.

¹⁰² Corte IDH, “Caso Barreto Leiva”, *op. cit.*, cons. 54 y 55.

¹⁰³ ACNUR, “Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo...”, *op. cit.*, párr. 16 y 17.

001/2009, y entre las razones que se plantean está la vulneración de la garantía de contar con un plazo razonable para la preparación de la defensa de los intereses de las personas solicitantes, garantía consagrada tanto en el artículo 8 de la Convención Americana y el artículo 32 de la Ley 26.165, ya que al ser el plazo tan exiguo y en algunas circunstancias, más aún cuando la intervención del letrado es tardía, torna imposible su ejercicio y deviene en abstracta la efectividad de la misma. Empero, aún no ha habido ningún pronunciamiento administrativo o judicial respecto a ese planteo de nulidad e inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de la delgada línea que existe entre la celeridad del proceso y la privación de la garantía de un plazo razonable, como se ha adelantado, se reconoce y comparte la intención de la modalidad sumaria del procedimiento de ayudar a hacer frente y a aliviar, en cierta medida, que las personas que indudablemente no tienen razones válidas para solicitar y obtener protección constituyan una carga adicional para el sistema de asilo y sus limitados recursos en detrimento de los intereses de las personas solicitantes que abrigan razones válidas para pedir el reconocimiento como refugiados, provocándose una congestión de todo el proceso.¹⁰⁴

196 En este sentido, a pesar de los esfuerzos de desalentar las presentaciones de solicitudes abusivas mediante la implementación de esta modalidad del procedimiento, el número de solicitudes manifiestamente infundadas no parece haber disminuido, sino todo lo contrario, son cada vez más los migrantes que utilizan la institución de asilo como estrategia para regularizar su permanencia en el país como la única forma posible a su alcance.¹⁰⁵

En conclusión, de lo expuesto surge con claridad la importancia del rol del representante legal en las diferentes etapas del procedimiento de determinación de la condición de refugiado, tanto en la fase inicial, como en la entrevista de elegibilidad, al momento de ofrecer y evaluar la prueba ofrecida así como en la fase resolutoria administrativa y judicial. Ello por cuanto, no sólo ejercen un papel esencial en resguardar el derecho al debido proceso, sino que contribuyen a la presentación adecuada de la solicitud, y procura que la resolución de la solicitud sea objetiva, ya que está en juego el derecho de asilo de la persona que busca protección internacional.

¹⁰⁴ Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Conclusión N° 30 (XXXIV), "El problema de las solicitudes de asilo...", *op. cit.*, párr. c.

¹⁰⁵ FIGUEROA, Ma. Soledad y MARCOGLIESE, María J., "La protección de los refugiados en la República Argentina una década después de la sanción de la ley N° 26.165", en CONTARINI, Eugenia, *Protección Internacional de Personas Refugiadas*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 42, No 95, 2017, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

V.- Conclusión

El proceso de DCR en este país cuenta en su marco normativo con la previsión de los estándares del debido proceso, y se busca en la práctica que las personas gocen de este derecho fundamental garantizado por la intervención de la Comisión del Refugiado de la DGN. Las personas solicitantes de la condición de refugiado, se introducen en un proceso que cumple con principios fundamentales propios del DIR tales como la confidencialidad y el principio de no devolución; las garantías del debido proceso legal, y sobre todo gozan de representación legal gratuita desde el inicio del mismo.

En Argentina el sistema de asilo no sólo cuenta con la institución de la CONARE como órgano central competente, quien se encarga de determinar el estatus de refugiado, sino también con un organismo como la Comisión de Refugiados de la DGN que brinda representación legal gratuita en el procedimiento de DCR y un abordaje integral de tutela de los derechos de las personas solicitantes y refugiadas que consolida el espacio de protección.

La importancia de contar con un sistema que garantiza la asistencia legal se refleja por un lado en la necesidad de velar por el respeto de todas las garantías del debido proceso en el sistema de asilo y el acceso a derechos, en un proceso en donde está en juego la determinación de medidas de protección, buscando que las decisiones sean objetivas y fundadas, por que como se pudo ver en el proceso pueden aparecer juicios subjetivos y otros intereses estatales ajenos al procedimiento, y en definitiva se podría poner en riesgo la vida o la libertad de la persona en caso de una determinación errónea.

197

VI.- Bibliografía

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo*”, 21/05/2010, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7843>, consultado el 19/04/2021.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*Directrices sobre Protección Internacional No. 12: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con situaciones de conflicto armado y violencia bajo el artículo 1A(2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y las definiciones regionales de refugiado*”; diciembre 2016, URL <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=58c654244>, consultado 19/04/2021.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*Interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*”, abril de 2001, Ginebra.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Preguntas y Respuestas*” Sección de Información Pública y de Relaciones con los Medios de Comunicación, Septiembre 2007, Ginebra

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*”, reedición, diciembre 2011, Ginebra.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “*Metodología y técnicas para entrevistar a solicitantes de la condición de refugiado. Módulo de capacitación*”, 01/01/1995, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2006/3683>, consultado el 19/04/2021.

198 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo”, 16/1/1998, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1906.pdf>, consultado el 19/04/2021.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”, 21/05/2010, <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/7843>, consultado el 19/04/2021.

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, “Position on Legal Representation for Asylum-seekers”, 31/03/2017.

ARDALAN, Sabrineh, “Access to Justice for Asylum Seekers: Developing an Effective Model of Holistic Representation” 24/07/2015, en *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 48, N° 4 (2015)”.

Asamblea General de Naciones Unidas, “*Establecimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados*”, Resolución 428 (V). adoptada el 14 de diciembre de 1950.

CABOT, Heath, “The social aesthetics of eligibility: NGO aid and indeterminacy in the Greek asylum process”, en *American Ethnologist*, Vol. 40, No. 3, 9/08/2013,

CONARE, “Estadísticas 2016- 2020”, URL http://www.migraciones.gov.ar/pdf/conare/estadisticas_conare_2020.pdf consultado 31/03/2021.

Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II. Doc, 46/15, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 31/12/2015.

Comisión IDH, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 40 rev, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado*, 28 de febrero de 2000.

Comité Ejecutivo del Alto Comisionado para los Refugiados de la ONU, Conclusión N° 30 (XXXIV), “El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas”, 1983, 34° período de sesiones.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22/11/1969, San José, Costa Rica, e. v. 18/07/1978.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiado, 28/07/1951, Ginebra, Suiza, e.v. 22/04/1954.

Corte IDH, “Caso Baena Ricardo y otros”, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C N° 72.

Corte IDH, “Caso Barreto Leiva”, sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206.

Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No 151.

Corte IDH, “Caso Familia Pacheco Tineo”, sentencia del 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

Corte IDH, “Caso Vélez Loor Vs. Panamá”, sentencia del 23 noviembre de 2010, Serie C No. 218.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los

Migrantes Indocumentados”, 17/09/2003, Serie A No. 18.

Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Adoptado por el “*Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios*”, 22/11/1984, Cartagena de Indias, Colombia, <https://www.refworld.org/es/docid/50ac93722.html>, consultado 19/04/2021.

DGN, Amicus Curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, 03/04/2013, Buenos Aires, Argentina.

DGN. “Informe Anual 2019. Planilla de información Programas – Comisiones – Equipos de Trabajo DGN” (Periodo 1° De diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2019).

DUBINSKY, Karina, FILARDI, Marcos E. y MENDOS, Lucas R., “El Derecho a la Asistencia letrada Efectiva en el Proceso de Determinación de la Condición de Refugiado”, en ZAFFARONI, Eugenio R., *Derechos humanos: reflexiones desde el Sur*, 1ra ed., Infojus, 2012, Buenos Aires.

200 European Council on Refugees and Exiles, ECRE/ELENA, “*Survey on Legal Aid for Asylum Seekers in Europe*”, noviembre de 2010.

FIGUEROA, M. Soledad y MARCOGLIESE, M. José, “Avances normativos e institucionales en la protección de los refugiados en la República Argentina”, en LETTIERI Martin (editor), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*”, 2012, Universidad de Lanús, Buenos Aires.

FIGUEROA, Ma. Soledad y MARCOGLIESE, María J., “La protección de los refugiados en la República Argentina una década después de la sanción de la ley N° 26.165”, en CONTARINI, Eugenia, *Protección Internacional de Personas Refugiadas*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 42, No 95, 2017, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

GALINDO VÉLEZ, Francisco, “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”, en NAMIHAS, Sandra, *Derecho Internacional de los Refugiados*, 2001, Pontificia Universidad Católica del Perú Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial.

GOODWIN-GILL, Guy S. y MCADAM, Jane, *The refugee in International Law*, 3ra ed., 2007 Oxford University Press, Oxford.

JUBANY, Olga, “Constructing truths in a culture of disbelief: Understanding asylum screening from within”, en *International Sociology*, Vol.26, No. 1, 20/01/2011.

LETTIERI, Martín, “Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba”, en LETTIERI Martín (editor), *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*, 2012, Universidad de Lanús, Buenos Aires.

Ley 15.869, “Estatuto de los Refugiados”, *B.O.* 11/10/1961.

Ley 17.468, “Tratados Internacionales. Protocolo sobre Estatuto de Refugiados”- Adhesión, *B.O.* 10/10/1967.

Ley 26.165, “Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado”, *B.O.* 01/06/2006.

MC CALLUM, Stephani, “El refugiado hiperreal. Formas legítimas e ilegítimas de ser refugiado en Argentina” en *Revista Temas de Antropología y Migración*, N° 4, 12/2012

Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, URL <https://r4v.info/es/situations/platform>, consultado 19/04/2021.

201

Resolución MIRA N° 800/2009, 21/07/2009, “Reglamento interno de funcionamiento de la Comisión Nacional para los Refugiados”, e. v. 27/07/2009.

Resolución DGN N° 1260/11, “Acuerdo Marco de Cooperación Recíproca, suscripto con la Comisión Nacional de Refugiados, 03/10/2011.

Resolución DGN N° 1055/11, “Creación del Programa de Asesoramiento y Representación Legal para Personas Refugiadas y Solicitantes del Reconocimiento de la Condición de Refugiados”, 30/08/2011.

Resolución DGN N° 1055/11, 30/08/2011.

Resolución DGN N° 770/12, 06/07/2012

Resolución DGN N° 771/12, 06/07/2012.

SCHOENHOLTZ, Andrew I., RAMJI-NOGALES, Jaya y SCHRAG, Philip G., “Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication” (2007). *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 60 STANFORD L. REV. 295, 305.

THEA, Federico, “Art. 8º: Garantías Judiciales”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, La Ley, 2013.

La (des)protección de los trabajadores migrantes en la lógica Norte-Sur

Mariana Magliolo*

Según datos de la OIM en 2019 había en el mundo 272 millones de migrantes internacionales (equivalentes al 3,5% de la población mundial), entre ellos el 52% de los eran varones y el 48% eran mujeres. El 74% de los migrantes internacionales eran personas en edad de trabajar (de 20 a 64 años).¹

Resumen

En este trabajo se analiza la convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares desde las críticas del movimiento conocido como *Third World Approaches to International Law*. Se identifican los principales aspectos de la convención que, según estos abordajes críticos, dificultan que la misma se posicione como un contrapeso frente a la lógica de dominación “Norte” por sobre “Sur”. El trabajo plantea en primera instancia una contextualización histórica y las ideas económicas dominantes en los tiempos que surge la iniciativa del Convención. En segundo término, se refiere a los sujetos protegidos por la Convención y los derechos que se propone a garantizar. Finalmente, el trabajo focaliza en dos aspectos considerados fundamentales para comprender las dificultades operativas de la Convención: el bajo número de Estados partes —en mayor parte Estados considerados del “Sur”— y el largo proceso entre la adopción del texto y su adopción.

Palabras clave: Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares – ONU – Migrantes – Movimiento TWAIL – Estados del “Norte” y “Sur”.

* Maestranda en Relaciones Internacionales, Universidad de Buenos Aires.

1 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIONES (2019) Informe sobre las migraciones en el mundo 2020, p. 3.

I.- Introducción

En el presente trabajo se analizará la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (en adelante, la “Convención”), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por la resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 desde las críticas del movimiento conocido como *Third World Approaches to International Law* (en adelante “TWAAIL II”). Particularmente el trabajo intentará responder si la Convención funciona como un contrapeso frente a la lógica de dominación “Norte” por sobre el “Sur”.

En primer lugar, se hará un breve repaso del contexto histórico en el que gestó y se adoptó el texto de la Convención, caracterizado según el movimiento TWAAIL II por la importancia del mercado como regulador de las relaciones internacionales y la necesidad de la movilidad de mercaderías y capitales². En segundo lugar, analizaremos cuáles son los sujetos protegidos por la Convención y qué derechos garantiza.

Finalmente, se describirán dos condiciones que hacen a la Convención tan peculiar: el bajo número de Estados partes y el largo proceso desde la adopción del texto en 1990 y su entrada en vigor en 2003. Se analizará dicha peculiaridad en función de los Estados interesados en suscribir y ratificar la Convención que son aquellos Estados generalmente emisores de trabajadores migratorios y que desde la óptica TWAAIL II son aquellos Estados denominados del “Tercer Mundo” o “Sur”. Por otro lado, se analizarán las razones que alegaron los Estados receptores de migrantes, es decir, los denominados del “Norte” o “Occidente”, para no firmar ni ratificar la Convención.

En la conclusión se evaluará si la Convención funciona como un contrapeso frente a la lógica de dominación entre “Norte” y “Sur” que elaboraron los académicos de la doctrina TWAAIL II.

II.- Contexto histórico

Consideramos pertinente analizar la Convención desde la perspectiva del movimiento TWAAIL II ya que el período histórico que estudia y critica este movimiento coincide con el período histórico de la redacción, adopción del texto de la Convención y su entrada en vigor, esto es entre los años 1979 y 2003.

Según Anghie, el movimiento denominado TWAAIL I veía al colonialismo como un factor limitante de los Estados sometidos a su régimen pero que culminaría una vez reconocidas las respectivas independencias en el derecho internacional. Sin embargo, la nueva generación de académicos del movimiento TWAAIL —conocida

² ANGHIE, A. (2004) *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, p. 256.

como TWAIL II— se focalizó en una hipótesis más alarmante aun: el colonialismo tuvo un papel central en la formación del derecho internacional y fue principalmente a través de la expansión colonial que el derecho internacional alcanzó una de sus características principales: la universalidad³. En base a esas consideraciones, el movimiento TWAIL II analiza críticamente el fenómeno de la globalización vigente al momento de la redacción, adopción y entrada en vigor de la Convención.

Según Bianchi, el movimiento TWAIL expone sus críticas en base al uso de la dialéctica o la oposición para reforzar su eficacia discursiva⁴. En tal sentido, en adelante emplearemos los siguientes términos utilizados por el movimiento TWAIL II “Occidente” o “Norte” para referirnos a Europa y a los Estados desarrollados y en contraposición “Tercer Mundo” o “Sur” para referirnos a los Estados en vías de desarrollo.

En el período de la posguerra, el auge de las economías en los países del “Norte” aumentó el interés de esos Estados en reconocer convenios para la protección de la migración en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante la “OIT”)⁵. Sin embargo, con la crisis del petróleo a principios de 1970 el interés por los migrantes se redujo notablemente a punto tal que el Convenio N° 143 de 1978 de la OIT destinado a evitar las migraciones abusivas y la migración irregular en particular⁶ solo obtuvo 25 ratificaciones de los 187 Estados miembros de la OIT. Podríamos tomar este antecedente como un vaticinio de lo que le deparará a la Convención en estudio.

205

México y Marruecos y el bloque de Estados que conformaban el G-77⁷ junto con el bloque soviético comenzaron una campaña para la adopción de un acuerdo que protegiera los derechos de los migrantes en el marco de las Naciones Unidas pensando en la posibilidad de lograr mayor adhesión de Estados al contar con el sistema de reservas⁸. Es importante destacar que el G-77 estaba formado por Estados del “Tercer Mundo” como un foro particular problemas y soluciones al orden

³ ANGHIE, A. y CHIMNI, B.S. (2003) “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts”, *Chinese Journal of International Law*, Volumen 2, Issue 1, 77–103, p. 84.

⁴ BIANCHI, A. (2016) *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press, p. 208.

⁵ CONVENIO SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES C097, Ginebra (Suiza), adoptado en la 32ª reunión del CIT de la Organización Internacional del Trabajo el 01-07-1949, (e.v.22-01-1952).

⁶ 1975, (e.v.09-12-1978). Los motivos de la baja tasa de ratificación fueron diversos. Los países europeos se mostraron en contra de la posibilidad de que los migrantes adoptaran otro trabajo, México y Marruecos estaban en contra de que el Convenio tratara únicamente la migración irregular y para Estados Unidos la migración irregular resultaba conveniente para el sector de agricultura. (Böhning, 1991 en CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009) *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press, p. 54.

⁷ Creado en 1964 hoy está conformado por 134 Estados. <https://www.g77.org/doc/members.html> [Sitio consultado el 29-07-2020].

⁸ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009) *Ibid.*, p. 54.

internacional político y económico que consideraban injusto bajo la hegemonía del “Occidente”⁹. En 1979 se creó el grupo redactor de la futura Convención liderado por México y Marruecos, el resto de los Estados miembros del G-77 y el grupo de Estados europeos de la región mediterránea y escandinava¹⁰.

Durante el proceso de redacción de la Convención desde 1979 y hasta la adopción de su texto en 1990, la década de 1980 fue marcada por la corriente neoliberal impulsada por el liderazgo de Ronald Reagan y Margaret Thatcher cuyo foco no estaba puesto precisamente en la protección de los trabajadores migrantes¹¹.

Según Antony Anghie, el colapso del muro de Berlín y el final de la guerra fría fue el triunfo definitivo del capitalismo y su decisiva emergencia como el único modelo económico que cada sociedad que buscara progreso y prosperidad debería seguir. En tal sentido, a partir de 1990 la “globalización” tuvo impacto en casi todos los aspectos de la vida cultural, política y social pero más específicamente desde el aspecto económico, a través de la internacionalización de la producción y los servicios financieros. Para el “Tercer Mundo” la globalización ha significado el dominio neoliberal de sus políticas económicas a través del “Consenso de Washington” promoviendo la privatización, el nacimiento de la propiedad intelectual, la inversión extranjera directa y la liberalización de la economía a través de tres grandes instituciones económicas: la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional¹².

206

Los académicos del “Tercer Mundo” veían críticamente la transformación de las relaciones económicas en la era de la globalización, preocupados por la inminente réplica de dominación colonial y la manera en que el derecho internacional y sus instituciones pudieran operar en detrimento de la gente del “Tercer Mundo”. Veían al imperialismo como una expresión más temprana de la globalización¹³.

III.- Análisis de la Convención

La segunda mitad del siglo XX se caracterizó por el auge y reconocimiento de los derechos humanos. Es decir, la sola condición de ser humano traería como consecuencia una batería de derechos y el principio general de no discriminación¹⁴.

⁹ MAKAU, M. (2000) “What is TWAIL?”, *American Society of International Law Proceedings*, Washington, vol. 94, 31-38, p. 32.

¹⁰ Finlandia, Grecia, Italia, Noruega, Portugal, España y Suecia.

¹¹ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid.*, p. 57.

¹² ANGHIE, A. (2004), *Ibid.*, p. 245.

¹³ ORFORD, A., HOFFMANN F. y CLARK, M. (eds.) (2016) *Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, p. 166.

¹⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Sin embargo, la dificultad para garantizar la efectiva protección práctica de los grupos más vulnerables generó la necesidad de que el derecho internacional de los derechos humanos los reconociera expresamente en instrumentos particulares¹⁵. Es así como las mujeres, los niños y las niñas, los discriminados y las discriminadas por motivo de su raza necesitaron el reconocimiento expreso de sus derechos en instrumentos particulares como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre los derechos del niño (1989)¹⁶, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984) y la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). La Convención en estudio, entonces, encuadraría bajo este tipo de instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos.

A diferencia de otros instrumentos en los que los derechos y garantías nacen por el mero hecho de ser “niño”, “niña” o “mujer”, la Convención protege a los migrantes —y accesoriamente a sus familiares— en tanto los primeros revistan el carácter de “trabajadores”¹⁷. Sin perjuicio de esta deliberada exclusión, el artículo 2 (1) de la Convención define a los trabajadores migratorios como “*toda persona que vaya a realizar realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional*”. Esta definición no distingue sobre la condición regular o irregular del trabajador migratorio en el “Estado de empleo”¹⁸ y su vez la protección se extiende en todo el proceso migratorio incluyendo la partida, tránsito, estancia y regreso al “Estado de origen”.

207

III.1.- Derechos consagrados

A continuación, se hará una enumeración genérica de los derechos consagrados en la Convención ubicados en la Parte III y IV de la Convención que tienen como correlato las correspondientes obligaciones para garantizar su cumplimiento, en su mayoría dirigidas a los “Estados de empleo” y en menor medida a los “Estados de origen” o “Estados de tránsito”.

¹⁵ SHELTON, D. L. (2009), Capítulo 17, “Prohibited Discrimination in International Human Rights Law” en CONSTANTINIDES, A. y ZAIKOS, N. (eds.), *The Diversity of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, pp. 263-264.

¹⁶ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid*, p. 7.

¹⁷ NOLL, G. (2010) “Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants”, *12 European Journal of Migration and Law*, pp. 241–72, p. 258.

¹⁸ Definido en el art. 6 (b) de la Convención como el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso. Por su parte, el art. 6 (a) define al “Estado de origen” como Estado del que sea nacional la persona de que se trate y el art. 6(c) al “Estado de tránsito” como cualquier Estado por el que pase el interesado en un viaje al Estado de empleo o del Estado de empleo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

La parte III de la Convención enumera derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares de manera amplia y sin distinguir su condición de regular o irregular en el “Estado de empleo”. Vemos una amplia gama de derechos ya reconocidos en otros instrumentos de derechos humanos como el derecho de salir desde cualquier Estado y de regresar al “Estado de origen” (art. 8), derecho a la vida (art. 9), derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 12), derecho a la libertad de expresión¹⁹ (art. 13), derecho al respeto por la vida privada honor y buen nombre (art. 14), derecho a poseer bienes (art. 15), derecho al reconocimiento y respeto de la identidad cultural (art. 31), derecho a no ser sometido torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), derecho a no ser sometido a la esclavitud ni a trabajos forzados u obligatorios (art. 11).

Los artículos 16, 17 y 18 reconocen el derecho a la libertad y seguridad personales y establecen garantías ante la detención o prisión, independientemente de su carácter arbitrario o no y prevén la posibilidad de pedir una indemnización en el primer caso. Asimismo, prevén expresas garantías en materia penal, derechos de los detenidos y establecen la gratuidad de los gastos en caso de detención por violación a las previsiones migratorias. Especial atención merecen los artículos 22 y 23 de la Convención que tratan la expulsión de los trabajadores migratorios y sus familiares. Reconocen la prohibición de expulsiones colectivas, las garantías en caso de expulsión individual, el derecho a percibir la remuneración debida y derecho a una eventual indemnización en caso de revocación de la medida que ordene la expulsión y a no pagar los gastos causídicos que motivaron su expulsión.

El presente trabajo no pretende comparar cada uno de los derechos consagrados en la Convención con relación a otros instrumentos de derechos humanos, pero es necesario destacar que las garantías previstas en caso de expulsión de los artículos 22 y 23 de la Convención son más amplias que las otorgadas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ya que en ese instrumento las garantías están previstas solo para aquellos extranjeros que se hallen “legalmente” en el territorio de un Estado Parte²⁰.

¹⁹ Las excepciones previstas en la Convención son: a) Respetar los derechos o el buen nombre ajenos; b) Proteger la seguridad nacional de los Estados de que se trate, el orden público o la salud o la moral públicas;

c) Prevenir toda la propaganda en favor de la guerra; d) Prevenir toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. Dichas excepciones son curiosamente más amplias que las previstas en el art. 19 (b) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

²⁰ Art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y

Otra incorporación novedosa es el artículo 25 relativo a la equiparación -al menos formal- de los derechos laborales que reciben los trabajadores nacionales del “Estado de empleo” y aquí reconoce expresamente que esos derechos deberán ser garantizados incluso a trabajadores con irregularidades en su permanencia o empleo. El artículo 26 consagra expresamente el derecho a afiliarse a gremios o asociarse libremente con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción a las normas de la organización pertinente. Con menor alcance, ya que se encuentra supeditado a cumplir con los requisitos legales del “Estado de empleo”, el artículo 27 reconoce igual trato que los nacionales con respecto a la protección en materia de seguridad social.

Es importante destacar el reconocimiento del derecho a recibir asistencia médica de manera urgente en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate y prohíbe expresamente a los Estados a negarse alegando condiciones de irregularidad en la permanencia o empleo (art. 28).

Otro gran reconocimiento es el derecho a la educación para los hijos e hijas de los trabajadores migrantes en condiciones de igualdad de trato que los nacionales del Estado de que se trate independiente de su condición regular o no en el Estado (art. 30). El artículo 29 enuncia el derecho de los hijos e hijas de los trabajadores migrantes a tener identidad y nacionalidad, pero resulta poco claro ya que no especifica qué nacionalidad adoptaría si la de “Estado de origen” de sus padres o la del “Estado de empleo”.

En materia económica, el artículo 32 garantiza a los trabajadores migratorios la posibilidad de enviar remesas a sus “Estados de origen” pero pareciera que únicamente al terminar su permanencia en el “Estado de empleo”²¹.

Finalmente, el artículo 35 —al que nos referiremos más adelante— aclara que el reconocimiento de los derechos descritos en esa parte de la Convención no implica la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada.

Por otro lado, la Parte IV de la Convención enumera una serie de derechos reconocidos expresamente a los trabajadores migrantes y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular. Dicha aclaración refuerza la hipótesis de que la Parte III de la Convención y no solo los artículos que expresamente lo indican, se extienden de manera genérica a los trabajadores migrantes y a sus familiares que no se encuentren en una situación regular.

A modo enunciativo prevé el derecho a la información respecto su situación formal tanto en el “Estado de origen” como en el “Estado de empleo” (art. 37), derecho a

hacerse representar con tal fin ante ellas”.

⁰⁰ Art. 32: Los trabajadores migratorios y sus familiares, al terminar su permanencia en el Estado de empleo, tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros y, de conformidad con la legislación aplicable de los Estados de que se trate, sus efectos personales y otras pertenencias.

la libertad de circulación en el territorio del “Estado de empleo” (art. 39), derecho a libertad de asociación y sindicalización en el “Estado de empleo” para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole (art. 40), derechos políticos en los asuntos públicos en el “Estado de origen” y en el “Estado de empleo” solo en caso de ser reconocidos por ese estado (art. 41 y 42), igualdad de trato que los nacionales del “Estado de empleo” respecto al acceso a instituciones y servicios de enseñanza, servicios de orientación profesional y colocación, acceso a vivienda y protección contra explotación respecto de alquileres, acceso a vida cultural y participación en ella (art. 43). Por su parte el artículo 45 insta a que tanto el “Estado de origen” como el “Estado de empleo” realicen las medidas tendientes a facilitar la integración de los hijos de los trabajadores. Asimismo, el artículo 38 insta al “Estado de empleo” a autorizar la posibilidad de que el trabajador migratorio se ausente temporalmente sin perder los correspondientes derechos de residencia.

El artículo 44 recomienda a los “Estados de empleo” y “Estados de origen” a adoptar medidas apropiadas para asegurar la protección de la unidad de la familia del trabajador migratorio²² y facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o hijos menores que estén a su cargo²³.

210 La Parte IV de la Convención reconoce expresamente a los trabajadores migrantes el derecho a transferir sus ingresos y ahorros, en particular los fondos necesarios para el sustento de sus familiares desde el “Estado de empleo” a su “Estado de origen” o a cualquier otro estado (art. 47). Finalmente, con respecto a la expulsión ya regulada en la Parte III de la Convención en los artículos 22 y 23, el artículo 56 agrega que no se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia y el permiso de trabajo y ante una eventual expulsión, deberá tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el “Estado de empleo”.

III.2.- El Comité

Al igual que en la mayoría de los instrumentos de derechos humanos se prevé la creación de un comité para garantizar la observancia y aplicación de las obligaciones emanadas de la Convención²⁴. En tal sentido, la Sección VII de la

²² Sin pretender hacer un juicio previo, el texto de la Convención podría también analizarse desde las perspectivas feministas no tanto por el vocabulario empleado sino antes bien por la invisibilización de la mujer migrante.

²³ La redacción original del artículo lo reconocía expresamente como un derecho, mientras que la redacción final terminó siendo una recomendación. CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid*, p. 57

²⁴ A modo de ejemplo: el Comité de Derechos Humanos, de Derechos Económicos, Sociales y

Convención establece la creación de un comité formado de expertos independientes para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (en adelante, el “Comité”) que se reunirá anualmente en la sede de las Naciones Unidas. Su finalidad es la de observar la aplicación de la Convención entre los distintos Estados Partes y evaluar los informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado los Estados Partes para dar efecto a las disposiciones de la Convención y transmitir al efecto las observaciones que considere apropiadas al Estado Parte interesado. El Comité deberá presentar un informe anual a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el estado de aplicación de la Convención, en el que expondrá sus propias opiniones y recomendaciones, basadas, en particular, en el examen de los informes de los Estados Partes y en las observaciones que éstos presenten.

El Comité podrá invitar a los organismos especializados, la OIT y órganos de las Naciones Unidas, así como a las organizaciones intergubernamentales y demás órganos interesados, a participar de las sesiones del Comité y a que presenten información escrita respecto de temas que relativos al ámbito de sus actividades.

Asimismo, prevé la posibilidad de que en cualquier momento cualquier Estado Parte reconozca al Comité competencia para entender en dos procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77 de la Convención. Es importante destacar para ambos casos que el Estado que sea sujeto de denuncia también tiene que haber reconocido la competencia expresa del Comité. El primero (art. 76) se trataría de un mecanismo de solución controversias no vinculante, en virtud del cual el Comité pondrá sus buenos oficios para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones emanadas en la Convención e intentará buscar una solución amigable para ambas partes y en caso de no lograrlo, indicará en un informe los hechos pertinentes y observaciones relativos al asunto entre los Estados Partes interesados. El segundo (art. 77) prevé la posibilidad de que el Comité reciba y examine las comunicaciones enviadas por personas sometidas a la jurisdicción de un Estado Parte que aleguen que ese Estado Parte ha violado los derechos individuales que les reconoce la Convención. El Comité sólo entenderá cuando según su criterio se hayan agotado los recursos internos entre el Estado Parte y el individuo sometido a su jurisdicción. Finalmente, el Comité comunicará sus opiniones al Estado Parte de que se trate y a la persona que haya presentado la comunicación.

Por último, en la Parte IX de la Convención, el artículo 88 reviste de importancia ya que como veremos más adelante, establece la imposibilidad de efectuar reservas

Culturales, para la Eliminación de la Discriminación Racial, Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, contra la Tortura, de los Derechos del Niño, de los Derechos de las Personas con Discapacidad y contra las Desapariciones Forzadas.

respecto de la aplicación de ninguna parte de la Convención ni de excluir la aplicación a ninguna categoría determinada de trabajadores migratorios.

El texto de la Convención fue adoptado por el 18 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la resolución N° 45/158. Desde el comienzo de la redacción hasta su adopción, su texto de sufrió numerosos ajustes tendientes principalmente a morigerar las obligaciones de los “Estados de empleo” a través del condicionamiento del ejercicio de muchos derechos a la normativa interna del “Estado de empleo”. Gran parte de esas modificaciones fueron promovidas especialmente por los Estados europeos de la región mediterránea y escandinava y Estados Unidos. Sin embargo, los esfuerzos por aceptar dichos cambios en miras a lograr una mayor adhesión a la Convención resultaron insuficientes²⁵.

A diferencia del amplio consenso en la comunidad internacional en reconocer en instrumentos particulares los derechos y garantías de las minorías vulneradas²⁶, el reconocimiento expreso de los derechos de los (trabajadores) migrantes ha sido resistido por muchos Estados de la comunidad internacional, en particular —como veremos a continuación— por los Estados del “Norte” según el movimiento TWAIL II.

IV.- Proceso de ratificación

212 En palabras de Graziano Battistella, la Convención es “uno de los [siete] instrumentos de derechos humanos de la comunidad internacional que tiene la particularidad de ser el instrumento más extenso, con el proceso de entrada en vigor más lento y con la menor cantidad de Estados Partes”²⁷.

Tal como indica el artículo 87 (1) de la Convención, la misma entraría en vigor el primer día del mes siguiente a un plazo de tres meses contado a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión²⁸. Esto sucedió el 1° de julio de 2003, es decir, casi 13 años después de la adopción de su texto. Los primeros veinte Estados en ratificar o adherirse la Convención y así lograr su entrada en vigor fueron Azerbaiyán, Belice, Estado Plurinacional de Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, México, Marruecos, Filipinas, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tayikistán. Uganda y Uruguay.

²⁵ HOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009) *op. cit.*, p. 58. En la actualidad son 13 tratados sobre derechos humanos.

²⁶ Por ejemplo el texto de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se adoptó en 1979 y entró en vigor en 1981 y hoy tiene 189 Estados Partes y la Convención del Niño adoptada en 1989 entró en vigor en 1990 y tiene 196 Estados Partes.

²⁷ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009) *Ibid*, p. 47.

²⁸ En rigor fueron 21 Estados dado que Guatemala y El Salvador depositaron sus respectivos instrumentos de ratificación el 14 de marzo de 2003.

Los siguientes 34 Estados que ratificaron o se adhirieron a la Convención, luego del 14 de marzo de 2003 fueron Albania, Argelia, Argentina, Bangladesh, Benín, Burkina Faso, Chile, Congo, Fiji, Gambia, Guinea-Bissau, Guyana, Honduras, Indonesia, Jamaica, Kyrgyzstán, Lesotho, Libia, Madagascar, Mali, Mauritania, Mozambique, Nicaragua, Niger, Nigeria, Paraguay, Perú, Rwanda, Sao Tome y Príncipe, San Vicente y las Granadinas, República Árabe Siria, Timor-Leste, Turquía y República Bolivariana de Venezuela. Hasta el momento, el último en hacerlo fue Fiji depositando su instrumento de ratificación el 19 de agosto de 2019.

Actualmente, la Convención tiene 55 Estados Parte y todavía hay 13 Estados firmantes que aún no han presentado los respectivos instrumentos de ratificación. Estos son: Togo, Sierra Leona, Serbia, Palau, Montenegro, Liberia, Haití, Gabón, Comoras, Chad, Camerún, Camboya y Armenia. Como podemos observar y como lo prevía el G-77 tanto los Estados Parte como los firmantes —salvo contadas excepciones— podrían encuadrarse dentro de los Estados del “Tercer Mundo”.

IV.1.- Promoción de la Convención

Una de las causas que plantean algunos autores para explicar el largo proceso de la entrada en vigor de la Convención es la escasa promoción que se hizo desde las Naciones Unidas al menos entre 1990 y 1996, ya que hasta esa fecha era difícil acceder al texto de la Convención y no había persona en el mundo tuviera dedicación exclusiva en ella²⁹. Recién a partir de 1996 se empezó a divulgar el texto de la Convención y en 1998 comenzó a funcionar el Comité Directivo de la Campaña Mundial para la Ratificación de la Convención³⁰. Se trata de una singular alianza en la que participan la Secretaría de las Naciones Unidas, diversos organismos intergubernamentales y organizaciones internacionales de derechos humanos, religiosas, sindicales, de migrantes y de mujeres. A la fecha el rol de las ONGs nucleadas en el Comité antedicho y la sociedad civil ha sido fundamental en la adhesión de los últimos Estados a la Convención.

213

²⁹ Ver TARAN, P. A. (2000) “Human rights of migrants: challenges of the new decade”, *International Migration*, Vol. 38, No. 6, pp. 7–51, p. 18 en CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid*, p. 15

³⁰ Según el Informe Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité Fact Sheet No. 24 (Rev.1) sus miembros son: December 18, Human Rights Watch, Comisión Católica, Internacional de Migración, Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres, Oficina Internacional del Trabajo, Organización Internacional para las Migraciones, Migrant Forum in Asia, Migrants Rights International, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Internacional de Servicios Públicos, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Liga Internacional de Mujeres pro Paz y Libertad y Consejo Mundial de Iglesias.

IV.2.- Dificultad práctica

El Comité³¹, creado el 1° de enero de 2004, atraviesa dificultades prácticas en su función de monitorear la observancia de las disposiciones de la Convención. Lamentablemente muchos de los Estados Partes no han enviado el informe solicitado para revisión del Comité³² y los mecanismos establecidos en los artículos 76 y 77 descriptos *ut supra* no han logrado las declaraciones necesarias para poder funcionar dado que ambos requieren de la declaración de competencia de al menos 10 Estados Partes para entrar en vigor³³.

La dificultad antes mencionada es anecdótica en términos generales ya que la mayor dificultad que afronta la Convención y que limita enormemente su ámbito de aplicación es justamente la falta de ratificación o adhesión de los “Estados de empleo” y justamente esos Estados son los sujetos obligados de garantizar la mayoría de los derechos consagrados en la Convención, especialmente en las Partes III y IV. En términos del movimiento TWAIL II y tal como lo adelantamos, estos Estados serían los del “Norte” o de “Occidente” para referirnos principalmente a Estados Unidos y Europa.

En términos generales, la adhesión de la mayoría de los “Estados de origen” o del “Tercer Mundo” se debe a que consideran que la protección de los migrantes es una obligación en su mayoría de los “Estados de empleo” y consideran a la Convención como una fuente de protección de sus migrantes³⁴.

Existe un grupo de Estados que estarían en una zona gris como México y Marruecos dado que al momento de la ratificación de la Convención pertenecían mayormente como “Estados de origen” y hoy son también “Estados de empleo” o “Estados de tránsito” por las nuevas corrientes migratorias Sur-Sur³⁵. Argentina

³¹ Sus miembros actuales son 14: Khaled Cheikhna BABACAR de Mauritania; Alvaro BOTERO NAVARRO de Colombia; Mohammed CHAREF de Marruecos; Edgar CORZO SOSA de México; Fatima DIALLO, de Senegal; Ermal FRASHERI de Albania; Pablo César GARCIA SAENZ de Guatemala; Md. Shahidul HAQUE de Bangladesh; Prasad KARIYAWASAM de Sri Lanka; Mamane OUMARIA de Níger; Myriam POUSSI de Burkina Faso; Lazhar SOUALEM de Argelia; Azad TAGHI-ZADA de Azerbaiyán y Can ÜNVER de Turquía. Nótese que entre sus miembros solo hay dos mujeres.

³² Según Informe A/74/48 del Comité presentado en la Asamblea General al 12/04/2019 faltaba que 14 Estados presentaran sus informes iniciales.

³³ El mecanismo establecido en el art. 76 cuenta con el reconocimiento de Guatemala, Ecuador, El Salvador y Guinea Bissau han reconocido competencia del Comité. Por su parte, el mecanismo del art. 77 cuenta con el reconocimiento de Guatemala, El Salvador, Ecuador, México y Uruguay.

³⁴ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid*, p. 59.

³⁵ DESMOND, A. (ed.) (2017) *Shining new light on the UN Migrant Workers Convention*, Pretoria University Law Press (PULP), p.41.

también tendría ese doble carácter, pero a diferencia de Marruecos y México³⁶ no tuvo una participación activa en la redacción de la Convención, sin perjuicio de que su normativa interna en términos de migración es una de las más acordes a los derechos consagrados en la Convención³⁷.

V.- Argumentos esgrimidos por los Estados para no ratificar o adherirse a la Convención

El desinterés por parte de los “Estados de empleo” en firmar la Convención no es novedoso, ya que una encuesta de Naciones Unidas entre 1997 y 1998 informó que de los 38 Estados encuestados, 36 indicaron su intención de no ratificar ni la Convención ni otros convenios en el marco de la OIT³⁸. A continuación, se repasarán los fundamentos de los “Estados de empleo” —en términos de la Convención— para justificar la no adhesión o ratificación a ella.

Su postura en términos generales parte de la premisa de que la Convención no mejora los estándares de protección que esos Estados hoy proveen³⁹.

El argumento para no adherirse a la Convención de los Estados europeos de la región mediterránea y escandinava que habían participado tan activamente en su redacción se basó al -al igual que muchos de los Estados miembro de la Unión Europea- en la firma del Tratado del espacio Schengen en 1985, que creó una frontera externa común y en el Tratado de Ámsterdam de 1999 que incorporó a la migración como un asunto de competencia de la Unión Europea. Aunque bien es sabido que aún hoy no existe a nivel europeo una política migratoria unificada, la “interdependencia” entre las políticas de cada Estado miembro de la Unión Europea sirvieron como salvo conducto para justificar la falta de adhesión⁴⁰. El cambio de postura de los Estados mediterráneos y escandinavos podría entenderse desde una perspectiva histórica. En la década de 1980, España e Italia eran especialmente “Estados de origen” y consecuentemente habían firmado los Convenios de la OIT. Ya en la década de 1990 con la adopción del texto de la Convención habían comenzado a ser “Estados de empleo” y por lo tanto, perdieron el interés en la protección de sus emigrantes⁴¹. En términos generales, en Europa la migración comenzó a ser un tema sensible en el período de tiempo entre la redacción y adopción del texto de la Convención.

215

³⁶ Argentina firmó la Convención el 10/08/2004 y depositó su instrumento de ratificación el 23/02/2007.

³⁷ Ley sobre política migratoria N° 25.871 del 10 de enero de 2004.

³⁸ BUSTAMANTE, J. A. (2002) Immigrants' vulnerability as subjects of human rights. *International Migration Review*, Vol. 36, No. 2, pp. 333–54.

³⁹ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid*, p. 59.

⁴⁰ DESMOND, A. (ed.) (2017), *Ibid.*, p. 42.

⁴¹ DESMOND, A. (ed.) (2017), *Ibid*, p.41.

Por otro lado, indicaron que el texto era muy detallado y ambiguo y cuestionaron la relevancia y la utilidad práctica que tendría firmar la Convención⁴². Otros fundamentos están vinculados a cuestiones económicas. Por ejemplo, Francia alegaba que el derecho al envío de remesas previsto en el artículo 32 de la Convención podría interpretarse en el sentido de que los bancos franceses deberían reducir los impuestos a esas transferencias y eso alentaría la fuga de cuantiosas sumas de dinero⁴³.

Otros de los “Estados de empleo” como Australia, Canadá, Nueva Zelandia y Estados Unidos consideran que los sujetos protegidos por la Convención, es decir, los “trabajadores migrantes y sus familiares” no concuerda con lo que sucede en la práctica en sus Estados, ya que estos los consideran como potenciales “residentes” o “ciudadanos” y por eso, la firma de la Convención sería irrelevante. Lo cierto es que estos Estados también reciben un número elevado de trabajadores migrantes temporales a través de empleos de baja calificación técnica, generalmente empleados en el sector agropecuario y por lo tanto, serían sujetos de protección por la Convención⁴⁴.

Por su parte, un informe sobre la postura adoptada por Sudáfrica indica que su preocupación se centra en la falta de regulación específica de la Convención respecto de los trabajadores mejor calificados (“fuga de cerebros”) antes que en la protección de los migrantes en general⁴⁵.

216 Un comentario aparte merece Asia, una región diversa en términos políticos y económicos que también se traduce en diferencias en materia migratoria. Según Nicola Piper, el reconocimiento de derechos a los migrantes es relativamente nuevo y hay poco conocimiento de lo que esto realmente implica. De igual modo que en los países del “Norte”, los “Estados de empleo” de Asia también son reacios a ratificar tratados multilaterales de esta naturaleza. Por otro, en un principio los “Estados de origen” más pobres de la región también evitaban la adhesión a la Convención pero para evitar posibles conflictos con los “Estados de empleo”, en su mayoría Estados del Golfo pérsico, receptores de sus trabajadores migrantes. De todos modos, con el transcurso de los años han empezado mostrar más interés en proteger a sus trabajadores migrantes impulsados en gran medida por el activismo de las ONG y la sociedad civil⁴⁶.

VI.- Posibles razones para la no adhesión o ratificación de la Convención

A continuación nos referiremos a las posibles razones que subyacen a la falta de adhesión por parte de los Estados del “Norte”.

⁴² CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid*, p. 12.

⁴³ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid*, p. 316.

⁴⁴ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid*, p. 61.

⁴⁵ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009), *Ibid*, p. 17.

⁴⁶ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009) *Ibid*, p. 190.

En términos de Battistella, para los Estados europeos, inútil o no la Convención tampoco sería peligrosa y su falta de ratificación no puede ser explicada⁴⁷. Por otro lado, un estudio sobre el derecho interno de Bélgica demostró que la adhesión a la Convención es altamente compatible con su sistema jurídico⁴⁸.

Gregor Noll al igual que el resto de los autores que estuvimos repasando se pregunta por qué siendo tan modesta en términos de exigencia hacia los “Estados de empleo” existe tanto rechazo. Considera que los costos para su adhesión son bajos y que a diferencia del razonamiento de muchos, el distingo entre los trabajadores migrantes en condiciones de regularidad e irregularidad, antes que atacar, legitima una práctica empleada por los Estados del “Norte”. Tampoco ve inconvenientes en las eventuales presiones que ejerza el Comité porque como vimos requiere de una declaración voluntaria del estado y además sus informes no son vinculantes.

Otra posible explicación es la visión que tienen muchos Estados desde una mirada más bien ontológica. Esta postura ve a los grupos más vulnerables como sujetos de protección por el mero hecho de “ser”. Por ejemplo, ser “niño”, “niña” o “mujer”. Consideran en cambio que la situación de los migrantes no encuadra con este razonamiento en tanto se desplazan voluntariamente. Es decir, esos derechos estarían reconocidos en el “Estado de origen” pero los “perderían” al trasladarse voluntariamente. Asumen que si están descontentos con las condiciones en el “Estado de empleo” podrían (y deberían) volver a su “Estado de origen”⁴⁹.

217

Otra de las posibles explicaciones vinculadas con lo anterior, serían las plataformas políticas antiinmigrantes originadas por el estancamiento económico y las diferencias de ingreso y desocupación que promueven una creciente xenofobia. Estas plataformas políticas ven a los inmigrantes como la causa del desempleo y en alguna medida terminan siendo sus “chivos expiatorios”. Desde esta perspectiva la inmigración está concebida como un fenómeno “exógeno”, es decir, externo al país receptor. Según Chantal Thomas, la migración desde el “Sur” al “Norte”, en cambio, opera como un efecto *boomerang* reflejando las reacciones de las intervenciones políticas y económicas del “Norte” en sus Estados de origen⁵⁰.

Por su parte, Antoine Pécoud señala que la reticencia de los “Estados de empleo” radica en que la Convención otorga derechos —aunque menos amplios— también a los trabajadores migrantes en situación irregular y —aunque lo considera razonable desde la perspectiva de derechos humanos— entiende que eso resultaría un desafío al derecho de control y regulación de la migración de esos Estados porque tampoco tendrían la facultad de efectuar reservas al respecto según interpreta del artículo

⁴⁷ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009) *Ibid.*, p. 60.

⁴⁸ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009) *Ibid.*, p. 18.

⁴⁹ CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009) *Ibid.*, p. 28.

⁵⁰ ORFORD, A., HOFFMANN F. y CLARK, M. (eds.) (2016), *Ibid.*, 883.

88 de la Convención⁵¹. Esta razón pareciera ser la que mejor explique la reticencia de los “Estados del Norte”, porque aun cuando el artículo 35 de la Convención resalta que ninguna de las disposiciones de la Parte III —la que incluye a los trabajadores en situación irregular— podrá interpretarse en el sentido de que implica su regularización, no deja de reconocerles derechos.

Gregor Noll argumenta que la eventual adhesión de los Estados del “Norte” a la Convención se podría asimilar a un contrato con los Estados del “Sur” con obligaciones recíprocas. En tal sentido, los Estados del “Sur” enviarían a los Estados del “Norte” sus trabajadores migratorios en condiciones de irregularidad, generalmente mano de obra menos calificada y muchas veces más barata que la de los Estados del “Norte” y a cambio, los Estados del “Sur” se verían beneficiados con el envío de remesas por parte de sus trabajadores migrantes residentes en los Estados del “Norte” cuyo ejercicio estaría garantizado en el artículo 32 de la Convención. Sin embargo, el “Norte” elige no consentir esa transacción ya que al no hacerlo siempre tendrá la posibilidad de gozar de los beneficios de la reducción de los costos laborales de los trabajadores migrantes, mantener la facultad en todo momento de ejercer el derecho soberano de expulsión de aquellos migrantes no documentados y además tener la facultad de permitir o prohibir al trabajador migrante en situación irregular de enviar remesas al estado del “Sur”. Esto, según Noll deja entrever la relación de subordinación que existe entre Norte-Sur⁵².

218

VII.- Explicación según la perspectiva TWAIL II

Desde la perspectiva TWAIL II, la relación de subordinación entre el “Norte” y el “Sur” nunca dejó de existir y tiene su origen en el sistema colonial. El argumento de Anghie radica en que la gobernanza de las sociedades no europeas estuvo desde sus inicios íntimamente moldeada por la estructura colonial dirigida por los Estados europeos imperialistas⁵³. Cuando los Estados europeos fueron totalmente inmunes a la regulación del derecho internacional, en tanto se reconocieron unos a otros como Estados soberanos, ejercieron el derecho internacional para imponer la forma de gobierno en sociedades no europeas. Bajo la apariencia de garantizar protección a los pueblos indígenas en un primer momento y garantizar la civilización y el comercio más tarde, el foco estuvo más bien centrado en imponer “estándares universales” (sistemas económicos e instituciones políticas) que esencialmente perseguían los intereses de los Estados europeos. Ya en el siglo XX, el concepto de los derechos humanos según Anghie, fue uno de los desarrollos más revolucionarios luego de la

⁵¹ DESMOND, A. (ed.) (2017), *Ibid*, p. 37.

⁵² NOLL, G. (2010), *Ibid*, p. 259.

⁵³ ANGHIE, A. (2004) *Ibid*, p. 253.

creación de las Naciones Unidas, en tanto permite regular el comportamiento de los Estados soberanos dentro de su territorio. La emergencia de los Estados del “Tercer Mundo” como Estados soberanos se dio en manera simultánea con la creación del derecho internacional de los derechos humanos que condiciona significativamente ese carácter soberano. Es decir, los Estados del “Tercer Mundo”, en rigor de verdad, nunca poseyeron absoluto poder dentro de su territorio y respecto de su población, poder que era ejercido en gran medida los Estados europeos del siglo XIX. Según Anghie, el concepto de la “buena gobernanza” creado con la globalización, recuerda al concepto de “civilización” o “comercio” del siglo XVI en tanto el derecho internacional y sus instituciones proveen la fundación moral e intelectual para el desarrollo de una serie de doctrinas políticas y principios —aparentemente de exitosa implementación en el “Norte”— en pos del desarrollo y prosperidad de los Estados del “Tercer Mundo”. Estas instituciones traducidas a la actualidad serían los grupos internacionales de derechos humanos e instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial y el FMI que casualmente dentro de sus estatutos tienen la misión de promover la “buena gobernanza”⁵⁴.

Upendra Baxi analiza el fenómeno de la globalización y advierte que el paradigma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos está siendo suplantado por un paradigma centrado en el comercio y en el mercado. Este autor sostiene que la globalización modifica la noción de que los derechos universales eran diseñados para la dignidad de los seres humanos y promueve en su lugar, la protección de los derechos colectivos del capital global de formas en las que “justifican” el bienestar de las corporaciones por sobre las personas humanas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos asignó responsabilidades a los Estados para que a través de ellos se construya progresivamente dentro de la comunidad de Estados un orden social justo. El nuevo modelo niega cualquier tipo de función redistributiva del estado. En cambio, llama al estado y al orden global a liberar la mayor cantidad de espacios posibles para el capital, inicialmente promoviendo las tres “D” de la globalización contemporánea: desregulación, desnacionalización y desinversión⁵⁵.

Pareciera entonces que el silencio y la reticencia de los Estados del “Norte” en adherirse a la Convención que justamente insta a los Estados a tener una participación más activa en la protección de los derechos de todos los trabajadores, tanto nacionales como extranjeros encuadra perfectamente con el nuevo paradigma que plantean Baxi y Anghie. La globalización necesita de la movilidad casi irrestricta de bienes y capitales por todo el mundo y exige a los Estados del “Sur” que ajusten

⁵⁴ ANGHIE, A. (2004) *Ibid*, p. 249.

⁵⁵ BAXI, U. (1998) “Voices of Suffering and the Future of Human Rights”, *8 Transnational Law and Contemporary Problems*; University of Iowa, pp. 125-169, p.164-166.

sus estructuras políticas y económicas en base a los modelos de “buena gobernanza” que las instituciones del derecho internacional proveen. Paradójicamente, los efectos negativos que puedan tener esas recetas políticas y económicas en los Estados del “Sur” no garantizan el desplazamiento irrestricto y seguro hacia los Estados del “Norte” del tercer factor de la producción: los hombres y mujeres. A diferencia de los bienes y capitales, la movilidad humana circularía por el carril de los estrictos controles migratorios impuestos por la indiscutible soberanía estatal, que desde luego, lejos de impedir el desplazamiento humano, solo perpetúa la irregularidad de la migración, sometiendo a millones de mujeres y hombres a trabajos precarizados con el riesgo latente de su expulsión en el “Estado de empleo”.

VIII.- Conclusión

La pregunta inicial sobre si la Convención significa un contrapeso en la relación Norte-Sur se podría contestar en dos partes. En primer lugar, más allá de la morigeración de algunas de las obligaciones para los “Estados de empleo”, su texto reconoce expresamente derechos a los trabajadores migrantes y sus familiares en general y novedosamente también reconoce derechos a los trabajadores en condiciones no regulares. Principalmente, el derecho a recibir asistencia médica, enviar remesas a su “Estado de origen”, garantías en caso de expulsión, entre otros. Siendo que los trabajadores migrantes en su mayoría pertenecen a los Estados del “Sur” podríamos concluir que la Convención es un intento de generar un contrapeso en el desbalance de poder entre el “Norte” por sobre el “Sur” muchas veces motivada por los efectos negativos de las relaciones políticas y económicas de desigualdad entre el “Norte” y “Sur”. En segundo lugar, la omisión deliberada de los Estados del “Norte” en adherirse a la Convención y someterse a las obligaciones allí previstas le quita gran parte del sentido para la cual fue creada dejándola casi como una cáscara vacía de contenido y en conclusión, la Convención no significaría un contrapeso en la relación de poder entre “Norte” por sobre el “Sur”.

XI.- Referencias

Fuentes primarias:

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, New York (EEUU), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 45/158, 18-12-1990, (e.v. 01-07-2003), N° de registro 39481.

CONVENIO SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES C097, Ginebra (Suiza),

adoptado en la 32ª reunión del CIT de la Organización Internacional del Trabajo el 01-07-1949, (e.v.22-01-1952).

CONVENIO SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES (DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS) C143, Ginebra (Suiza), adoptado en la 60ª reunión CIT de la Organización Internacional del Trabajo el 24-06-1975, (e.v.09-12-1978).

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, New York (EEUU), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 2200 A (XXI), 16-12-1966, (e.v. 23-03-1976), N° de registro 14668.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Mapa interactivo: estado de ratificación de los Tratados de Derechos Humanos, disponible en <https://indicators.ohchr.org/> [Sitio consultado el 19-07-2020].

Doctrina:

221

ANGHIE, A. (2004) *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press.

ANGHIE, A. y CHIMNI, B.S. (2003) “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts”, *Chinese Journal of International Law*, Volumen 2, Issue 1; 77–103.

BAXI, U. (1998) “Voices of Suffering and the Future of Human Rights”, *8 Transnational Law and Contemporary Problems*; University of Iowa, pp. 125-169.

BIANCHI, A. (2016) *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford University Press.

CHOLEWINSKI, R., DE GUCHTENEIRE, P. y PÉCOUD, A. (eds.) (2009) *Migration and Human Rights. The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge University Press.

DESMOND, A. (ed.) (2017) *Shining new light on the UN Migrant Workers Convention*, Pretoria University Law Press (PULP).

MAKAU, M. (2000) “What is TWAIL?”, *American Society of International Law Proceedings*, Washington, vol. 94, 31-38.

NOLL, G. (2010) “Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants”, *12 European Journal of Migration and Law* pp 241–72.

ORFORD, A., HOFFMANN F. y CLARK, M. (eds.) (2016) *Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Asamblea General, “Informe del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares” en el 29º período de sesiones (3 a 12 de septiembre de 2018) y 30º período de sesiones (1 a 12 de abril de 2019), *Documentos Oficiales Septuagésimo cuarto período de sesiones Suplemento núm. 48*, disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/74/48> [Consultado el 26-07-2020].

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Informe Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “*La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité*”, Fact Sheet No. 24 (Rev.1).

222

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LA MIGRACIONES (2019) *Informe sobre las Migraciones en el mundo 2020*, IOM Online Bookstore, disponible en <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020> [Sitio consultado el 19-07-2020].

SHELTON, D. L. (2009), Capítulo 17, “Prohibited Discrimination in International Human Rights Law” en CONSTANTINIDES, A. y ZAIKOS, N. (eds.), *The Diversity of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston.

La autonomía universitaria en la Constitución brasileña de 1988: un modelo de autonomía institucional en construcción

Carolina Cyrillo* y Luiz Fernando Castilhos Silveira**

Resumen

En este trabajo se aborda el tema de la autonomía universitaria y su *status* de norma constitucional y, asimismo, se cuestiona la jerarquía y los límites de la autonomía universitaria, sus componentes y sus relaciones con la libertad académica y los derechos fundamentales protegidos por ella. Se busca examinar las razones por las cuales la autonomía universitaria fue elevada a la jerarquía de norma constitucional; la evolución de la interpretación del Supremo Tribunal Federal brasileño con respecto a la autonomía universitaria, hasta el juzgamiento de la ADPF n° 548; el papel de las universidades como instituciones de garantías, en tanto instituciones de resguardo del Estado democrático; y la posibilidad de restricción de la autonomía universitaria por norma infraconstitucional. La metodología de investigación es de tipo bibliográfica y documental con naturaleza aplicada, objetivo explicativo y abordaje cualitativo. La conclusión es la siguiente: la autonomía universitaria posee *status* constitucional expreso, por opción decidida por la asamblea nacional constituyente al momento de la elaboración de la Constitución de 1988; la autonomía universitaria tiene relación con —pero no está limitada a— la libertad académica, siendo más amplia que esta e incluye a la autonomía de gestión institucional; la autonomía universitaria es un medio para la defensa de derechos fundamentales del ciudadano y de la sociedad, no solo en lo que se refiere al enseñar y aprender, o a la producción, custodia y divulgación del conocimiento, sino también en lo que se refiere a la libertad de pensamiento y expresión y, con ellos, a la defensa del Estado democrático; la limitación de la autonomía universitaria no puede ser por medio de acto normativo infraconstitucional.

* Abogada. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Federal de Rio de Janeiro (UFRJ).

** Abogado. Profesor de Derecho de la Universidad de Caxias do Sul (UCS).

Palabras clave: Autonomía Universitaria – Libertad Académica – Derecho Constitucional – Instituciones de Garantía – Derechos Fundamentales.

I. Introducción

La elevación de la autonomía universitaria a la jerarquía constitucional es una novedad consagrada por la Constitución Federal brasileña de 1988 (en adelante CF 88), en especial en sus artículos 206 y 207. Significa que la preocupación jurídica por la protección de la autonomía de las universidades, públicas y privadas, recibió en las normas jurídicas un tratamiento de otro nivel o relevancia, con relación al interés jurídico de proteger las instituciones universitarias en el orden jurídico anterior. Esta innovación constitucional es de extrema trascendencia para las prácticas de adecuación jurídica y de administración de ese sector, en especial en la universidad pública, sobre todo las nacionales.

En este sentido, pasados más de 30 años desde la promulgación de la Constitución, la exacta comprensión y alcance de lo que es la autonomía universitaria y su relevancia jurídica para la protección de derechos fundamentales aún no se encuentran perfectamente comprendidas. En especial cuando se trata de la aplicación de esas reglas constitucionales a las universidades públicas que, además de universidades, también reciben tratamiento jurídico de régimen de Derecho Administrativo y, por ese motivo, componen la llamada Administración Pública indirecta, atrayendo también las reglas del régimen de Derecho Administrativo como las que constan en los artículos 37 y siguientes de la Constitución Federal.

Así, en medio de los festejos por los 30 años de la Constitución, en las elecciones generales de octubre de 2018, los jueces electorales dictaron innumerables resoluciones judiciales determinando el secuestro de lo que serían materiales de campaña electoral en universidades. Prohibieron que se dictaran clases con temática electoral, lo que incluyó las discusiones sobre fascismo, como ocurrió en la Universidad Federal Fluminense, o sobre temática de democracia y dictadura, como sucedió en la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Rio de Janeiro. Impusieron la interrupción de manifestaciones públicas de apreciación o reprobación a candidatos en las universidades nacionales o estatales, basadas en la argumentación de que las universidades funcionan en bienes públicos y, por eso, está prohibida la transmisión de propaganda electoral en sus dependencias, por funcionar en bienes públicos, de acuerdo con la ley electoral n° 9.504/97¹. Estas decisiones judiciales encendieron nuevamente las discusiones en el

¹ Sobre la repercusión de las decisiones y actos de la justicia electoral, consultar Martínez, Mariana “Em clima de apreensão, universidades públicas do Rio mantêm cartazes de protesto”, *O Globo*, 26 octubre de 2018, disponible en <https://oglobo.globo.com/brasil/em-clima-de-apreensao->

Poder Judicial, sobre el tema de la autonomía universitaria, principalmente luego de que el Supremo Tribunal Federal (en adelante STF) hiciera lugar, de manera unánime, a una medida cautelar que impidió secuestros, prohibió el ingreso e interrupción de clases, palestras, debates o actos semejantes, así como, impuso la abstención de promover la interpelación de docentes, estudiantes y de otros ciudadanos que estén en lugar definido como universidad pública o privada. Así, se garantizaba la continuidad de la actividad universitaria, con fundamento en los preceptos fundamentales de la CF 88, en especial los derechos fundamentales de la libertad de manifestación de pensamiento, de expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación y de reunión (art. 5º, incisos IV, IX y XVI), a la enseñanza pautada en la libertad de aprender, enseñar, investigar y divulgar el pensamiento y el pluralismo de ideas (art. 206, incisos II y III) y a la autonomía didáctico-científica y administrativa de las universidades (art. 207) previstos en la Constitución².

Concomitantemente a ello, el entonces candidato Jair Bolsonaro levantaba como bandera de campaña política electoral el discurso de intervención en las universidades, bajo el argumento que debería haber una intervención en las estructuras a fin de garantizar opciones de gestión no vinculadas a partidos de izquierda³. Al ganar las elecciones, asumió la presidencia de la República y, con eso, la jefatura de la Administración Pública federal, de acuerdo con el artículo 84, inciso II, de la CF 88. Como presidente, ha intentado implementar su agenda electoral relativa a la voluntad de intervención en las universidades nacionales. Las primeras acciones fueron dos medidas provisorias (MP), las n° 914/2019 y n° 979/2020, que tenían como objetivo modificar la forma y rito de organización de elecciones y designaciones de los dirigentes de las instituciones nacionales de enseñanza. La MP n° 914/2019 perdió su eficacia, y la MP n° 979/20 terminó siendo revocada por la MP n° 981/2020, después que el presidente del Senado, en un acto político, la devolviera bajo la justificación de manifiesta inconstitucionalidad de la misma.⁴ Con estas acciones, es evidente que existe por parte del Poder Ejecutivo un entendimiento equivocado en el sentido de que las universidades nacionales son simples componentes de la Administración Pública indirecta que deben seguir

225

universidades-publicas-do-rio-mantem-cartazes-de-protesto-23189504>.

² STF “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 548. Distrito Federal”, disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=748549179&tipo=TP&descricao=%2F548>>..

³ Sobre el discurso de campaña “Equipe de Bolsonaro planeja escolher reitores das universidades federais” *Estadão*, 22 octubre de 2018, Disponible en <https://exame.com/brasil/equipe-de-bolsonaro-planeja-escolher-reitores-das-universidades-federais/>.

⁴ Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, “A autonomia universitária na CF 88: em momento constitucionais”, *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 20, n° 1425, 22 de junho de 2020a, disponible en <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/428-artigos-jun-2020/8134-a-autonomia-universitaria-na-cf-88-em-momentoconstitucionais-1>>.

una agenda basada en la opción política del gobierno de turno, sin considerar que la Constitución Federal de 1988 dio una nueva condición a estas instituciones.

Así, el objetivo del presente estudio es demostrar que el entendimiento de autonomía universitaria diseñada por la Constitución Federal brasileña de 1988 se encuentra, pasados más de 30 años, aún en construcción, en especial cuando se está ante la autonomía de las universidades nacionales. Existe un desafío, sobre todo en la gestión universitaria, de fortalecer las prácticas de autonomía y de entender que esa autonomía puede ser reivindicada inclusive frente al jefe máximo de la Administración Pública, justamente por la exacta definición de que la autonomía universitaria es una garantía constitucional de los derechos fundamentales protegidos por las universidades.

Para ello, se presentarán argumentos de orden normativo, de orden científico y de modelo administrativo de elaboración de esa autonomía universitaria, aún en construcción, de acuerdo con la Constitución Federal de 1988. La metodología de investigación es de tipo bibliográfica y documental, de naturaleza aplicada, objetivo explicativo y un abordaje cualitativo, a partir de documentos de la asamblea nacional constituyente, de textos normativos y de investigación en la literatura nacional e internacional, sobre autonomía universitaria. De tal manera, se investigarán y presentarán el alcance de la autonomía universitaria, su papel e importancia en la sociedad, y su status de norma de jerarquía constitucional, para comprobar el supuesto inicial de que la cuestión de la correcta comprensión del concepto de autonomía universitaria, como garantía de derechos fundamentales de acuerdo a la Constitución de 1988, aún se encuentra en construcción, sobre todo en las universidades nacionales.

226

II. Autonomía universitaria en la Constitución Federal brasileña de 1988, con respecto al artículo 207

La autonomía universitaria está diseñada en la arquitectura constitucional de 1988 a partir de una cadena normativa inaugurada por el artículo 207, pero también está compuesta por las normas previstas en los artículos atinentes a los derechos fundamentales de la libertad de manifestación de pensamiento, de expresión de la actividad intelectual, artística, científica y de comunicación y de reunión (art. 5º, incs. IV, IX y XVI), a la enseñanza pautada en la libertad de aprender, enseñar, investigar y divulgar el pensamiento y el pluralismo de ideas (art. 206, incs. II y III), a la manifestación del pensamiento, a la creación, a la expresión y a la información (art. 220).⁵

⁵ Horácio Rodrigues identifica tres momentos distintos de la autonomía universitaria: "(a) como principio pedagógico – flexibilidad -, obrante en el artículo 206, incisos II y III; (b) como principio organizativo – libertad de ofrecimiento por iniciativa privada -, presente en el artículo 209; y (c)

El objetivo constitucional se encontraba bastante claro en la perspectiva de la Asamblea Nacional Constituyente que era defender las universidades de la intervención de los gobiernos, con respecto a sus cuestiones internas, definiendo la concepción integral de la autonomía universitaria entendida como autonomía didáctico-científica, administrativa y de gestión financiera e incluso la obediencia al principio de indisociabilidad entre enseñanza, investigación y extensión, como forma de atribuir a las universidades el papel de garantes de esos derechos fundamentales adherentes a ellas.

Así, es importante resaltar que la autonomía universitaria está relacionada con, aunque no limitadamente, la libertad de cátedra (o libertad académica). Incluso la libertad de cátedra no es solo una libertad de enseñar y aprender sino también la de investigar, producir y divulgar el saber. El impacto de esa autonomía en la sociedad, por lo tanto, extrapola el ambiente universitario y tiene un alcance mucho más amplio que solamente el de enseñanza y aprendizaje.

La autonomía de la institución universitaria, pública y privada, es una autonomía institucional que tiene por objeto la protección del espacio institucional adecuado a la libertad académica. La autonomía universitaria involucra, aunque no está limitada a, libertades institucionales que van desde elecciones referentes al diseño curricular o cooperación interinstitucional hasta la administración financiera y estratégica propias de las instituciones. Es una autonomía de gobierno que incluye, por supuesto, independencia con responsabilidad (“*accountability*”)⁶.

227

La construcción de las reglas constitucionales sobre autonomía universitaria supone comprender el aspecto político involucrado en el movimiento realizado por la sociedad civil organizada que, de forma contundente, presentó razones en las reuniones de la subcomisión de Educación, de Cultura y de Deportes, presidida por el diputado nacional Hermes Zaneti (PMDB-RS), en lo que se refiere a la educación superior y a la propia concepción de la directriz que la Constitución daría al tema. El nacimiento del artículo 207 y el entendimiento de la educación superior como una cuestión universitaria surgieron en el contexto de las audiencias públicas y con la recepción de las propuestas de los grupos movilizadas en torno, principalmente, del sector público⁷.

como principio administrativo – autonomía universitaria -, de acuerdo al artículo 207” (traducción libre), sin hacer una relación de estos con la importancia de la investigación y de la extensión en el papel de las universidades. Al respecto, consulte: Rodrigues, Horácio Wanderlei, “Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988”, en Bonavides, Paulo; Lima, Francisco Gérson Marques de y Bedê, Fayga. (Coord.), *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J.J. Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006.

⁶ Iwinska, Julia y Matei, Liviu, *University Autonomy: a practical handbook*. Budapest: Central European University, 2014, disponible en <https://www.researchgate.net/publication/331345204_University_Autonomy-A_Practical_Handbook>..

⁷ El contenido de las audiencias públicas y la discusión de la subcomisión de educación. De la cultura y de los deportes puede ser verificado en el portal específico del senado nacional destinado

En un primer momento, en la propuesta remitida por la subcomisión existía la posibilidad de que la autonomía universitaria recibiera límites por medio de una ley que la reglamente. Pero, era visible la preocupación esbozada con relación a la reglamentación ordinaria de la autonomía universitaria, justamente porque el contexto de la transición política, en ese particular, era de reacción contra algunas medidas gubernamentales de tentativa de control de la actividad universitaria, en especial el decreto-ley n° 477 de 1969, que atribuía al Ministerio de Educación el poder de expulsar o suspender alumnos. También había interés por parte de la enseñanza privada como consecuencia de la reforma universitaria de 1968, que remodeló y estandarizó las universidades públicas nacionales y abrió campo a la expansión del sector privado de educación universitaria.⁸ Después de largos debates y de una inmensa cantidad de enmiendas y aportes, prevaleció en la constituyente la tesis de la autonomía universitaria plena, es decir, sin subordinarse a la reglamentación por ley ordinaria.⁹ En otras palabras, se atribuyó a las universidades un poder autónomo, concedido por el poder constituyente que imposibilitaría la restricción de esa autonomía por ley infra constitucional.

228

Por lo tanto, la expresión constitucional sobre la autonomía universitaria en los moldes propuestos es la de atribuir a las universidades un poder autónomo, restringible exclusivamente por norma de la misma jerarquía constitucional, que permita a las universidades concretizar los principios generales de la educación, en especial la igualdad de condiciones para el acceso y permanencia en la escuela; libertad de aprender, enseñar, investigar y divulgar el pensamiento, el arte y el saber; pluralismo de ideas y de concepciones pedagógicas, y coexistencia de instituciones públicas y privadas de enseñanza; y gestión democrática de la enseñanza pública. La autonomía universitaria de matriz constitucional no distingue entre universidades públicas o privadas, garantizando a todo el sector el gozo de esa prerrogativa.

Así, el artículo 207 de la CF88, con redacción definitiva y originaria, que establece que las universidades gozan de autonomía didáctico-científica, administrativa y de gestión financiera y patrimonial, y obedecerán al principio de indisociabilidad entre enseñanza, investigación y extensión, constituye una de las “normas de eficacia plena”, en la consagrada clasificación de José Afonso da Silva¹⁰. Es decir, que su contenido normativo no está limitado o concretizado por norma de naturaleza infraconstitucional, como en el caso de las normas de eficacia

a los anales de la asamblea nacional constituyente y está disponible en http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/8a_Sub._Educacao,_cultura_e_esporte.pdf

⁸ Martins, Carlos Benedito, “A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino privado no Brasil”, *Educ. Soc., Campinas*, vol. 30, n. 106, p. 15-35, jan./abr. 2009, p. 21.

⁹ Ranieri, Nina Beatriz Stocco, *Autonomia Universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo, imprensa oficial, 2013, p. 949.

¹⁰ Silva, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, RT, 1969, p. 96.

contenida o limitada que necesitan del complemento normativo infraconstitucional para saber el límite de su alcance. Por lo tanto, la autonomía universitaria será ejercida en los términos de la Constitución Federal y no en los términos de la ley.¹¹

De ahí que existe un problema de naturaleza conceptual con relación a la autonomía universitaria: fue una opción deliberada del constituyente la de establecer la autonomía sin limitación por ley. En tanto, el concepto tradicional de la autonomía, para el derecho público implica la concepción de que autonomía no es soberanía, o sea, incluso los entes autónomos se sujetan a las reglas base del ente soberano que lo creó y le concedió autonomía. En otras palabras, autonomía es un poder derivado atribuido por un ente soberano a otro ente no soberano, pero autónomo. Así, en los casos de entes autónomos, es imperioso verificar el límite de autonomía concedida, o sea, hasta qué punto el ente autónomo puede ejercer su esfera de poder.¹²

Parece que la Constitución Federal de 1988, en especial en su artículo 207, concedió a las universidades públicas y privadas una considerable cuota de autonomía o autodeterminación, al permitir que solo ellas realicen sus propias reglamentaciones en materia administrativa, didáctica, pedagógica y científica, respetando los límites constitucionales establecidos, y sin que pueda haber jamás limitación a esa autonomía por mera ley infra constitucional, dado que el tema fue debatido y decidido en la asamblea nacional constituyente de forma bastante contundente y con las dos opciones de límites para la autonomía, prevaleciendo la tesis de la autonomía sin limitación (o la plena autonomía universitaria).

229

En consecuencia, la autonomía deberá ser ejercida sin la injerencia de poderes extraños a la universidad o subordinación jerárquica a otros entes políticos o administrativos. Consiste, pues, en la autonomía de medios para que la universidad pueda cumplir su autonomía de fines constitucionalmente establecidos¹³. En tal sentido, el fin constitucionalmente establecido para la universidad es el de ser garantía de concreción de los derechos fundamentales relacionados con ella, en especial el derecho a la educación, al saber, al desarrollo científico, de forma progresiva. De ahí la razón por la cual es imperioso que la universidad sea autónoma, tal como fue diseñado institucionalmente en la Constitución Federal brasileña de 1988.

¹¹ Ferraz, Ana Candida Cunha, "Autonomia Universitária na Constituição de 05.10.1988", *Revista Direito Administrativo.*, Rio de Janeiro, jan/mar. 1999, p. 123.

¹² Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, "A autonomia universitária na CF 88: em momento constitucionais", *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 20, nº 1425, 22 de junho de 2020a. disponible em <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/428-artigos-jun-2020/8134-a-autonomia-universitaria-na-cf-88-em-momentoconstitucionais-1>>.

¹³ Ferraz, Ana Candida Cunha, "Autonomia Universitária na Constituição de 05.10.1988". *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, 215: 117-142, jan.mar. 1999, p. 132.

III. Autonomía administrativa: un desafío

La Constitución, en la norma del artículo 207, no hizo diferenciación de la autonomía universitaria en virtud del régimen aplicable a los distintos tipos de instituciones de enseñanza. Así, la amplia autonomía concedida por el poder constituyente se dio de forma indistinta entre las universidades regidas por el régimen de derecho privado y por el régimen de derecho público.

En un interesante estudio sobre el impacto de la amplia autonomía universitaria establecida por la CF de 1988, Nina Beatriz Stocco Ranieri¹⁴ destaca que tal autonomía, en lo que se refiere a la cuestión administrativa y de gestión, posee grados empíricos de efectividad diversos de acuerdo con el régimen jurídico de la universidad. Si, por un lado, las universidades privadas gozan de amplia autonomía para su gestión y administración —inclusive habiendo propiciado la norma de autonomía una verdadera expansión masiva de la enseñanza privada, sobre todo en la década del 90—, las universidades públicas pierden —o no es efectiva— la prerrogativa de ser autónomas, conforme al ente federativo que las mantiene. En su estudio, la autora explica que, con relación a las universidades públicas, aquéllas mantenidas por la Unión —o universidades Nacionales— son las que, pasados más de 30 años desde la sanción de la Constitución, no gozan de una efectiva amplia autonomía constitucionalmente garantizada.

230 De hecho, el tratamiento dado al tema, principalmente en los fallos del Supremo Tribunal Federal (STF) y en la tradicional doctrina del Derecho Administrativo, parece incorporar de forma fuerte la idea de que, en virtud del régimen de derecho público de las universidades nacionales, deben sujetarse a un mayor control público o sujeción a la ley. El paradigma de ese pensamiento en el STF es la ADI n° 51 de 1989¹⁵ que interpretó la autonomía universitaria como sujeción de las universidades a las leyes, de forma general, sin especificar la jerarquía normativa de las leyes involucradas, usando como argumento general que “autonomía no significa soberanía”, sin tomar en cuenta el alcance de una elevación a jerarquía normativa constitucional de la autonomía universitaria.

En la ADI n° 51, la controversia era en torno de una resolución de la Universidad Federal de Rio de Janeiro (UFRJ) que regulaba sus elecciones internas para rectorado. En dicha ocasión, el procurador general de la república pidió la declaración de inconstitucionalidad de la norma interna de la UFRJ, alegando que la institución, por ser una autarquía nacional, debe sujetarse a las leyes de personal y de investidura de cargos de la Administración Pública Federal.

¹⁴ Ranieri, Nina Beatriz Stocco, *Autonomia Universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo, imprensa oficial, 2013.

¹⁵ STF, “Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 51 de 1989. Distrito Federal”, disponible en <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266174>>.

La ADI n° 51 tuvo como relator al entonces ministro Paulo Brossard que interpretó la autonomía universitaria del artículo 207 de la CF como una “no novedad” traída por la CF 88, siendo que la norma constitucional debería ser armonizada con la ley de 1968, la cual fijaba normas de organización y funcionamiento de la enseñanza superior¹⁶. Para el relator, no debía suponerse que la autonomía universitaria del artículo 207 de la CF de 1988, las ubicaba por encima de la ley. Entendió que la autonomía didáctico-científica, administrativa y de gestión no colocaba a la UFRJ en otro lugar, diferente de cualquier otra autarquía que componía la Administración Pública nacional, debiendo recibir el mismo *status* jurídico que cualquier otra institución componente de la Administración Pública federal indirecta. Así, el concepto de autonomía universitaria para el STF, en lo que respecta a las universidades nacionales, es que por ser parte de la Administración Pública indirecta, ven su autonomía restringida por las leyes infraconstitucionales y por las normas constitucionales que regulan el régimen de derecho público.

Las universidades nacionales, en virtud de la organización administrativa del Estado brasileño, consolidada en un primer momento por el decreto n° 200/67 y, posteriormente, por la ley n° 5540/68 (revocada por la ley n° 9394/96), componen la llamada Administración Pública indirecta y están conceptuadas en la doctrina del Derecho Administrativo como “autarquías en régimen especial”¹⁷. Lo expuesto significa decir que gozan de ciertas peculiaridades, como que el dirigente no puede ser despedido por el jefe del poder ejecutivo, de acuerdo a la jurisprudencia consolidada (“*súmula*”) n° 47 del STF, de 1963¹⁸, la posibilidad de organización interna de la progresión funcional de sus empleados y normas estatutarias y reglamentarias propias para la regulación de procedimientos internos.¹⁹

Lo cierto es que la ley n° 9394/96, en su art. 54, dispone que las universidades mantenidas por el poder público gozarán de un estatuto jurídico especial, de ahí la razón por la cual tanto la doctrina como la jurisprudencia siguen inclinándose por mantener rígida la percepción doctrinaria pretérita de que las universidades públicas, y sobre todo las universidades nacionales son autarquías especiales, por las características *supra* mencionadas. Establecer esta naturaleza de autarquía con respecto a las universidades nacionales quiere decir que estarán sujetas, en las relaciones civiles, tributarias y laborales, al denominado régimen de derecho

¹⁶ La referencia es a la ley n.° 5540 de 1968, que fijaba normas de organización y funcionamiento de la enseñanza superior. La referida ley fue revocada por la ley n.° 9394 de 1996 (LDB), que instituyó las directivas y bases de la educación nacional.

¹⁷ Nohara, Irene Patrícia, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2013. p. 557.

¹⁸ Medauar, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, RT, 2012, p. 87.

¹⁹ Existe una gran discusión sobre la naturaleza jurídica y la fuerza normativa de los reglamentos universitarios. Al respecto, consulte Ferraz, Ana Candida Cunha, “Autonomia Universitária na Constituição de 05.10.1988”, *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan.mar. 1999, p. 117-142.

público, lo que implica la falta de disponibilidad del interés público y la sujeción a los mecanismos de controles típicos de la Administración Pública en sus actividades administrativas y de gestión²⁰. Por lo tanto, es evidente que todos los mecanismos de control de cuentas, probidad administrativa y judicial, prácticas de *accountability*, gobierno abierto y *compliance* público, principios constitucionales administrativos, típicos y aplicables a los entes de la Administración Pública indirecta, se aplican a las universidades nacionales. O sea, todas las normas de jerarquía constitucional en materia de régimen administrativo se aplican a las universidades públicas nacionales, como las normas de los artículos 37 a 41, las normas relativas al presupuesto de la administración del artículo 165 y la sujeción del control por el Tribunal de Cuentas (artículo 71), o de las demás instituciones como el Ministerio Público (artículo 127).

Lo que está en juego en la autonomía universitaria no es esa sujeción de control típico de las instituciones mantenidas bajo el régimen de derecho público, sino en qué medida el hecho de que las universidades nacionales que componen la Administración Pública comprometen la autonomía universitaria constitucional plena, con el discurso de control administrativo legitimado en la supremacía del interés público. Esto es: hay que indagar si el discurso de control administrativo no es un subterfugio gubernamental para controlar la autonomía universitaria, en evidente compromiso de los fines de la universidad como centros científicos de saber e instituciones de garantía de derechos fundamentales como la educación y el desarrollo.²¹ Además de ello, hay que constatar si el control gubernamental compromete la gestión democrática de las instituciones de enseñanza y en qué medida. Por este motivo, la gestión administrativa y la correcta comprensión de lo que significa esta característica en una institución universitaria es el gran desafío que las universidades —sobre todo las nacionales— todavía necesitan enfrentar pasados más de 30 años de la elevación a jerarquía constitucional de la norma que garantiza la autonomía universitaria.

Queda por considerar el porqué de la necesidad de que las universidades gocen de ese alto grado de autonomía, independientemente de su régimen público o privado. La razón para eso es triple: 1) porque son instituciones responsables de la producción, custodia y divulgación del conocimiento en la sociedad; 2) porque

²⁰ Sobre el régimen de derecho público: Pietro, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2006; Justen Filho, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Saraiva, 2005. p. 48; Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 19ª ed, São Paulo, Editora Malheiros, 2005, p. 55.

²¹ Hay evidencias que indican una correlación positiva (apuntándola como uno de los más importantes factores) entre el grado de autonomía académica y el desempeño de una institución. Al respecto, consulte Westerheijden, d. F. y otros, "Progress in higher education reform across Europe", *Governance Reform*, Volume 1: Executive Summary main report. Enschede / Kassel: Center for Higher Education Policy Studies (CHEPS), 2010, disponible en <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e5eba507-3f2c-4639-bb87-6aa75a0ef1f6/language-en>>.

sin autonomía y libertad, sobre todo en lo que se refiere a cuestionar y a enfrentar las inevitables influencias ideológicas y políticas, no hay verdadero conocimiento o ciencia; 3) porque, en virtud de esa necesidad de autonomía y libertad impuesta por la epistemología, las universidades son espacios privilegiados de fomento y protección a las libertades de pensamiento y de expresión, bases fundamentales de un Estado democrático de derecho.

IV. Autonomía universitaria como garantía de derechos fundamentales

En Derecho Constitucional, especialmente en el de matriz sudamericana y garantista²², fruto de una lucha de transición entre dictaduras y democracias, aparecen nuevas funciones constitucionales destinadas a algunas instituciones del Estado. Estas instituciones ganan protagonismo normativo constitucional, con el objeto de ser garantías de derechos fundamentales, reconquistados en las nuevas democracias constitucionales. Estas instituciones obtienen protección constitucional, inclusive, con relación a los poderes públicos (ejecutivo, legislativo, judicial), justamente, para que sea posible atribuir a ellas la concreción de los derechos fundamentales, independientemente de las políticas gubernamentales, por vía de reconocerles autonomía.²³ Y por este motivo, el constituyente otorgó autonomía a las universidades para funcionar como verdaderas instituciones de garantía de derechos fundamentales²⁴.

233

Es indispensable destacar que los titulares de los derechos fundamentales albergados por la autonomía universitaria no son las universidades; tampoco son sus administradores, docentes y empleados, públicos o privados. Inclusive resulta incompleta, además de incorrecta, la noción de que sus titulares son, única y tal vez hasta principalmente, los estudiantes de esas instituciones. En Brasil, se tiene

²² También en Argentina, con la reforma Constitucional de 1994 se elevó para las Universidades Nacionales la Autonomía Universitaria a *status* de jerarquía constitucional, práctica que ya existía en el país desde 1918, pero sin norma constitucional garante. Al respecto, consulte: Martínez, Leandro A, "La autonomía de las Universidades Nacionales en el Sistema Constitucional argentino. Análisis de las competencias y la jerarquía de las normas en materia de educación superior", *Derechos En Acción*, 12(12), 309, 2009, disponible en <<https://doi.org/10.24215/25251678e309>>.

²³ Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, "A autonomia universitária na CF 88: em momento constitucionais", *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 20, nº 1425, 22 de junho de 2020a. <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/428-artigos-jun-2020/8134-a-autonomia-universitaria-na-cf-88-em-momentoconstitucionais-1>>.

²⁴ La expresión instituciones de garantías de derechos fundamentales es usada por Luigi Ferrajoli para explicar el papel constitucional que algunas instituciones recibieron, sobre todo en lo que el autor llama de constitucionalismo de tercera generación, identificado como aquel Derecho Constitucional producido, sobre todo, en los procesos de redemocratización de América Latina al final del siglo XX. Al respecto, consulte: Ferrajoli, Luigi, "Para um Ministério Público como instituição de garantia", *Revista do Ministério Público*, n. 153, janeiro a março de 2018, p. 26.

el mal hábito de ver a la universidad solo como un lugar de *enseñanza* cuando, en cambio, e incluso por fuerza constitucional, lo cierto es que están basadas en los pilares de la enseñanza, investigación y extensión. Desde su concepción y varias veces a lo largo de la historia, las universidades fueron centros de producción, custodia y divulgación del conocimiento humano y de las libertades.²⁵

Esta libertad académica no es solo una “libertad individual”, a pesar de que incluye diversas libertades individuales. Es, también, una libertad institucional. Esta es una dimensión fundamental para el desarrollo científico de una comunidad, toda vez que la ciencia no es un proyecto individual sino de colaboración colectiva. La universidad es la institución, históricamente y por excelencia, en la cual esta investigación puede (y debe) suceder de manera desinteresada de presiones externas en busca del conocimiento, tales como el objetivo de lucro o las amarras de ideologías religiosas o políticas del momento. Por este motivo, esta libertad académica necesita una garantía específica que, en la Constitución Federal de 1988 es la autonomía universitaria, de acuerdo a su artículo 207.²⁶

A su vez, la libertad protegida por la autonomía universitaria, de forma más específica, es la libertad académica; la cual implica, por un lado, la libertad del científico, del investigador, del profesor y, por otro lado, la libertad de crítica por parte de la comunidad científica y académica, lo que incluye necesariamente a los alumnos.²⁷ La autonomía universitaria tiene otro beneficio en cuanto a las libertades que es el de ayudar en la garantía de la pluralidad, tan necesaria e indispensable en la existencia, tanto de la democracia como del progreso científico. Para Popper²⁸, el punto más ampliamente reconocido de los obstáculos ideológicos al progreso en la ciencia “es la intolerancia ideológica o religiosa, usualmente combinada con dogmatismo y falta de imaginación.” El autor alerta sobre el peligro de las “modas intelectuales”, verdaderas ideologías atrincheradas en el ámbito científico.²⁹ Una de las armas contra esta fortificación de posiciones ideológicas, disfrazadas de fundamento científico, es justamente la pluralidad de posturas entre las diversas instituciones de investigación. Ello porque, si hubiera un control centralizado

234

²⁵ Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, “A autonomia universitária na CF 88: em momento constitucionais”, *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 20, nº 1425, 22 de junho de 2020a. disponible em <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/428-artigos-jun-2020/8134-a-autonomia-universitaria-na-cf-88-em-momentoconstitucionais-1>>.

²⁶ Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, “ADPF 548: Autonomia universitária como garantia das liberdades no Estado Democrático de Direito”, en Rizk Filho, José Carlos y otros, *Decisões Notórias das Cortes Supremas e Constitucionais*, Vitória, OAB/ES, 2021 (en vías de publicación).

²⁷ Rodrigues, Horácio Wanderlei y Oliveira, Amanda Muniz, “A Liberdade Acadêmica no Direito Brasileiro: fundamentos e abrangência”, *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 17, n. 25, p.158-176, maio/ago. 2019.

²⁸ Popper, Karl, *Lógica das Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2004, p. 71.

²⁹ *Idem*, p. 77.

(o gubernamental) no habría antídoto contra la posibilidad de fundamentalismo pseudo-científico. El fundamentalismo se combate con libertad de investigación, con la posibilidad de cuestionarse, hasta el final, los presupuestos mismos de un área determinada del conocimiento o teoría, hasta incluso en los casos más radicales, donde este cuestionamiento lleve a la autodestrucción.³⁰

Es preciso, desde luego, alejarse de la defensa de una “dictadura de la verdad”. Es tentador que se defiendan la imposición de la enseñanza desde un determinado punto de vista, siempre y cuando ese punto de vista sea verdadero. Dicha imposición tendría el papel de impedir que el profesor busque enseñar falsedades o mentiras a sus alumnos. Sucede que esta tentación es engañosa, por la – errónea – suposición de que la enseñanza puede ser neutra o que alguien puede tener una verdad incuestionable. Es preciso considerar al abismo existente entre teorías ampliamente aceptadas y puntos de vista sobre los cuales no se permiten cuestionamientos; las teorías son ampliamente aceptadas justamente porque, cuando se cuestionan, soportan y vencen las más pesadas críticas con base en argumentos y evidencias convincentes. De hecho, el acto de desear imponer una determinada y única visión para la enseñanza es, por sí mismo, ilegítimo. Como bien afirmó Bertrand Russell:

El argumento fundamental para la libertad de opinión es la duda de todas nuestras creencias. Si tuviéramos la certeza de que conocemos la verdad, habría algo para recomendar su enseñanza. Pero en este caso, la enseñanza no implicaría autoridad, en virtud de su racionalidad inherente. [...] Cuando el Estado interviene para garantizar la enseñanza de alguna doctrina, actúa de ese modo porque no hay una evidencia conclusiva a favor de esta doctrina. El resultado es que la enseñanza no es verdadera, aunque pueda ser verdad.³¹

235

Tampoco se puede caer en el extremo opuesto. Hay que tener en cuenta que, evidentemente, los profesores, las teorías y las instituciones son falibles. Aquí hay justamente una conexión interesante entre la libertad de cátedra y la libertad científica, ambas fomentadas por la autonomía de las universidades. Porque la libertad de los profesores de poder “trabajar según sus convicciones” no debe ser entendida como una libertad para que puedan trabajar con base a opiniones personales sin ninguna justificación o fundamento científico, ni que el conocimiento y la justificación no

³⁰ En palabras de Celso Ribeiro Bastos e Ives Granda da Silva Martins “La libertad de enseñanza posibilita y garantiza un desarrollo amplio de la ciencia y de la investigación en el país. Esta libertad, destacamos, tiene por objeto exterminar cualquier tipo de autoritarismo y de manipulación que la educación pueda sufrir. La libertad de enseñanza presupone, ante todo, la idea de que los profesores pueden trabajar según sus convicciones, sin estar obligados a enseñar lo que otros imponen”. Consulte Bastos, Celso Ribeiro y Martins, Ives Gandra Da Silva, *Comentários à constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 435.

³¹ Russell, Bertrand. *Ensaio Céticos*. Porto Alegre, L&PM, 2013, p. 109 (traducción libre).

puedan ser puestos a prueba, por otras razones también fundadas científicamente.

Como ya fue argumentado, la autonomía universitaria no es solo la garantía de una libertad individual (como lo son la libertad de pensamiento y de expresión); sino que es, principalmente, una garantía de libertad institucional. La complementariedad de los pilares de la enseñanza e investigación de la universidad no está solo en el hecho del desarrollo científico de la sociedad y del país, o se podrían tener – como en el caso – instituciones únicamente de investigación e instituciones únicamente de enseñanza. El sentido de fusión de la enseñanza y de la investigación en una única institución está embebido por la noción de que la convicción del profesor al enseñar tiene que ser una convicción *científica*.³²

La autonomía universitaria, en el ámbito tanto administrativo como científico, trabaja en miras de la posibilidad (para no hablar de gran probabilidad) de que las diferentes instituciones del país asuman posiciones doctrinarias más diversas, manteniendo unas a otras en jaque en lo que se refiere a la científicidad de los resultados de las investigaciones. La pasteurización de esa pluralidad lleva al fundamentalismo, que es la muerte de la ciencia³³. El pensamiento científico es, por

236

³² Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, “A universidade como instituição de garantia das liberdades no Estado Democrático de Direito: autonomia universitária como instrumento de resiliência”, en Bustamante, Thomas y Mello, Patrícia Perrone Campos (orgs.), *Retrocesso Democrático e resiliência: a disputa pela constituição de 1988*, São Paulo, Bosch, 2021, (en vías de publicación).

³³ Del voto del ministro Celso de Melo en la ADPF n° 548 “La Universidad, de este modo, siempre que se respete el derecho de reunión pasa a ser el espacio, por excelencia, del debate, de la persuasión racional, del discurso argumentativo, de la transmisión de ideas, de la divulgación de opiniones; por último, del lugar ocupado por los alumnos, por los profesores y por el pueblo se convierte en el espacio mágico en que las libertades fluyen y florecen sin indebidas restricciones gubernamentales. “Viva la muerte, abajo la inteligencia”, emitido el 12/10/1936 por un General falangista adepto incondicional de Francisco Franco, en abierto desafío al gran poeta y Rector de la Universidad de Salamanca, Don Miguel de Unamuno, que, hostilizado por los innumerables franquistas allí presentes, respondió, con altivez y dignidad, en lo que sería su último discurso, a la provocación atrevida e insensata del General fascista que lo desafió, diciendo: “Ahora mismo escuché un grito necrófilo e insensato, ‘Viva la muerte’. Debo decirles que considero repulsiva esta esdrújula paradoja (...). Estamos en el templo de la sabiduría y de la inteligencia. Y en él, yo soy el sumo sacerdote. Son ustedes que profanan estos espacios sagrados [son los espacios de la Universidad]. Ustedes ganarán porque tienen más que lo necesario de fuerza bruta. Pero ustedes no convencerán, ya que para convencer es preciso persuadir. Y, para persuadir, ustedes necesitarán lo que no tienen: razón y justicia en la lucha”. Con esta respuesta, el gran filósofo y poeta español Miguel de Unamuno, en su alta condición de Rector de una de las más antiguas Universidades europeas, celebró la liturgia del triunfo del Bien sobre el mal, de la inteligencia sobre la irracionalidad, de la civilización sobre la barbarie y del pensamiento libre y crítico sobre la intolerancia y la tiranía que regímenes despóticos acostumbran a imponer sobre la mente humana. Este corajudo discurso, en realidad, representó la defensa de la propia autonomía universitaria en plena Guerra Civil española y significó – como afirma Severiano Delgado Cruz (“Arqueología de un Mito: el acto del 12 de octubre de 1936 en la palabra del Parainfante de la Universidad de Salamanca”) – “la alta expresión simbólica

definición, el que sobreviene de un cuestionamiento que impulsa una investigación y que está siempre sujeto a la revisión ante evidencias encontradas o presentadas. Es, entonces, el opuesto del fundamentalismo.³⁴

En estos términos, cabe percibir que la autonomía universitaria no es únicamente una protección a los profesores y profesoras universitarios, a los estudiantes, o incluso a la sociedad en lo que se refiere al conocimiento. Es una protección a la propia existencia del Estado democrático de Derecho, lo que justifica su elevación a jerarquía constitucional, como sucedió en la Constitución Federal de 1988. La autonomía universitaria no es una cuestión de reglamentación de las actividades de enseñanza, investigación y extensión, sino una cuestión de fundamento del propio Estado democrático y, por lo tanto, una garantía fundamental cuya colectividad es la titular. Por lo tanto, la concepción constitucional de autonomía universitaria es la que debe ser ejercida en los términos de la Constitución Federal y no en los términos de la ley, ya que la autonomía universitaria no es nada más que la garantía constitucional de derechos fundamentales que están en el núcleo de la propia Constitución. La autonomía universitaria es una verdadera garantía de los derechos fundamentales, base estructural del Estado democrático de Derecho.

V. De la imposibilidad jurídica de que la autonomía universitaria sea restringida por norma infraconstitucional

237

Establecida la importancia fundamental de la autonomía universitaria en el Estado democrático de Derecho, así como su jerarquía constitucional expresa y decidida en la Constitución brasileña de 1988, queda clara la ilegitimidad de los avances del poder ejecutivo nacional contra la autonomía de las universidades en la manera en que sistemáticamente se han adoptado.

En el sistema jerarquizado de normas de los sistemas jurídicos estatales yace en el centro, como enseña Ferreyra³⁵, la regla constitucional. A su vez, la supremacía de la Constitución es el postulado en el cual se asienta el propio Derecho Constitucional contemporáneo, oriundo de la experiencia americana.³⁶ Así, la Constitución goza

de la victoria de la inteligencia sobre la muerte, de los valores republicanos y democráticos sobre el militarismo fascista". STF, "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548. Distrito Federal", disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=748549179&tipo=TP&descricao=%2F548>>. (traducción libre).

³⁴ Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, "ADPF 548: Autonomia universitária como garantia das liberdades no Estado Democrático de Direito", en RIZK FILHO, José Carlos y otros *Decisões Notórias das Cortes Supremas e Constitucionais*, Vitória, OAB/ES, 2021 (en vías de publicación).

³⁵ Ferreyra, Raúl Gustavo, "Fundamentos Básicos de Direito Constitucional", *Anuário Superior de Justiça*, Vol 1, Santo Amaro, Leud, 2011, p. 35.

³⁶ Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 84.

de superioridad jurídica con relación a las demás normas del sistema jurídico, y, como consecuencia, ninguna norma o acto jurídico puede cambiarse válidamente en el sistema si fuera incompatible con la misma. Para Bidart Campos³⁷, decir que la Constitución goza de supremacía significa decir dos cosas posibles, a saber: a) que la Constitución material es la base o fundamento que otorga efectividad y funcionalidad al orden jurídico-político de un Estado; o, b) que la Constitución, en el sentido formal, por estar revestida de superlegalidad y supremacía impone como deber ser que todo el mundo jurídico inferior a ella sea congruente y compatible. La prueba de esa superioridad puede encontrarse en la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad de las demás reglas del sistema a través de lo que se conoce como jurisdicción constitucional.³⁸ En palabras de Barroso:

Desde el punto de vista jurídico, el principal trazo distintivo de la Constitución es su supremacía, su posición jerárquica superior a las demás normas del sistema. Las leyes, actos normativos y actos jurídicos en general no podrán existir válidamente si son incompatibles con alguna norma constitucional. La Constitución regula tanto el modo de producción de las demás normas jurídicas como también delimita el contenido que puedan tener. Como consecuencia, la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo podrá tener carácter formal o material.³⁹

238 Así, es preciso tomar con cuidado la tradicional interpretación de autarquía especial del tradicional Derecho Administrativo, para conceptualizar la naturaleza jurídica de las universidades públicas, bajo pena de admitir una lectura cruzada de la norma constitucional del artículo 207, con los ojos del orden jurídico anterior a la Constitución de 1988, que preveía un control autoritario de las universidades, marca inexorable del gobierno dictatorial. En otras palabras, el límite normativo de restricción por el régimen de Derecho Administrativo de la autonomía universitaria es el dado por las normas de jerarquía constitucional, siendo una intervención indebida en la autonomía administrativa y de gestión las que no derivan de norma constitucional, como son las leyes ordinarias.⁴⁰ En este sentido, las normas de jerarquía infraconstitucional, como las leyes ordinarias y las medidas provisorias, son medios incompatibles con el orden constitucional de 1988 para restricción de la autonomía universitaria.

En estos términos, son claramente inconstitucionales las embestidas del ejecutivo nacional en el sentido de limitar la autonomía universitaria por medio de normas

³⁷ Bidart Campos, Germán J, *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 23.

³⁸ Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)", en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid 1988, p. 109.

³⁹ Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 372 (traducción libre).

⁴⁰ De Aragão, Alexandre, "A autonomia universitária e suas dimensões no direito brasileiro", en *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 32, n. 01, pp. 5-28.

infraconstitucionales, en especial las intentadas por las medidas provisionales n° 914/19 y 974/20. Ambas medidas tenían por objeto interferir en la gestión de las universidades. La MP n° 914/19 establecía reglas sobre el proceso de elección de los dirigentes de las universidades nacionales, de los institutos nacionales y del Colegio Pedro II, con impacto principalmente con relación a los institutos, los cuales pasarían a tener que enviar una terna al presidente de la República. La MP n° 974/20 disponía sobre la designación de dirigentes *pro tempore* para las instituciones nacionales de enseñanza durante el período de la pandemia de la covid-19, en evidente provecho político de la emergencia sanitaria.⁴¹ Aunque hubiesen sido convertidas en ley, tales normas no serían válidas, ya que son violatorias de la Constitución. La opción de elevar la autonomía universitaria a la jerarquía constitucional tiene implicancia para el futuro, pues significa que solo normas de naturaleza, o jerarquía, constitucional pueden limitar la autonomía que fue concedida por el poder constituyente que es soberano, de forma plena y sin limitación. Una eventual modificación de la autonomía universitaria, por lo tanto, solo será legítima si se realiza por medio de Enmienda Constitucional, discutida y votada en cada casa del Congreso Nacional, conforme al artículo 60 de la CF 88. Así, queda abierta la necesidad de indagar, el hecho de que la autonomía universitaria es una garantía, y por lo tanto, estaría encuadrada en los límites materiales la reforma constitucional.⁴²

Queda pendiente de discusión, sobre todo por los medios jurídicos adecuados, si el artículo 16 de la ley n° 5540/68, con la redacción dada por la ley n° 9.192/95, son compatibles con la nueva realidad dada por la CF 88 de establecer con jerarquía constitucional plena a la autonomía universitaria. Esta disposición reglamenta, a través de norma infraconstitucional general —no emanada de las estructuras administrativas de las propias universidades— la forma de elección de los rectores de las universidades nacionales. La regla infraconstitucional en cuestión regula la forma de elección de los administradores de las instituciones nacionales de enseñanza, atribuyendo la decisión final de esa elección al presidente de la República. Lo que indica, conforme a lo argumentado *supra*, que estas reglas no son

239

⁴¹ Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, “A autonomia universitária na CF 88: em momento constitucionais”, *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 20, n° 1425, 22 de junho de 2020a. disponible en <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/428-artigos-jun-2020/8134-a-autonomia-universitaria-na-cf-88-em-momentoconstitucionais-1>>..

⁴² Vieira, Oscar Vilhena, *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, São Paulo, Malheiros, 1999; Brandão, Rodrigo, *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008; Pedra, Adriano Sant’Ana, *A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014; Cyrillo, Carolina, “Limites Formais, Materiais e Circunstanciais das Emendas Constitucionais”, en Sganzerla, Rogério (org.), *Três décadas de reforma constitucional: onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

compatibles con la autonomía universitaria constitucional, en razón de establecer restricción administrativa a las universidades nacionales no compatible con las normas de jerarquía constitucional.

Parece que es necesario que se corrija la inconsistencia de esas normas infraconstitucionales que confunden la designación (acto administrativo formal) con la elección (decisión sobre conveniencia y oportunidad sobre quién debe conducir la universidad), siendo que la segunda no puede ser atribuida a los que no están en la estructura interna de la universidad. Y, si así fuera, habría que discutir, por las vías jurídicas adecuadas, el cuestionamiento de la compatibilidad constitucional de esas reglas infraconstitucionales, pues ellas determinan que el grado de autonomía de las universidades nacionales sea bastante limitado a comparación de las universidades privadas, inclusive respecto de las que se financian con subsidios públicos o renuncias fiscales.

VI. Conclusiones

240

La autonomía universitaria es un tema de amplios debates, no solo en Brasil sino en todo el mundo. Se debate su importancia, el papel en la sociedad, y su extensión, especialmente considerando los casos en que hay aplicación de recursos públicos en la educación. Se buscan cuáles serían los elementos de la autonomía universitaria en lo que se refiere a la gestión institucional, además de la libertad académica (y libertades de pensamiento y de expresión asociadas). En Brasil, la autonomía universitaria está prevista expresamente en los artículos 206 y 207 de la Constitución de 1988. Aun así, surgen dudas en cuanto a su *status* constitucional, del límite de aplicación y restricción de tales normas constitucionales, y de la posibilidad de reglamentación infraconstitucional, especialmente en lo que se refiere a las instituciones públicas, sujetas a las normas generales de la Administración Pública y del régimen de Derecho Administrativo.

En este artículo, fue presentada la autonomía universitaria como un precepto normativo constitucional, no solo por previsión constitucional explícita, sino por decisión expresa del poder constituyente originario. Tales decisiones vinieron como respuesta expresa a las medidas de control de la actividad universitaria por medio de medidas gubernamentales autoritarias en las décadas de la dictadura, y culminó con la decisión constitucional por una autonomía universitaria plena, o sea, sin posibilidad de restricción de tal autonomía por ley ordinaria o por otra forma de ley infraconstitucional. Asimismo, se buscó investigar si hay, de hecho, justificación para esa postura desde el punto de vista jurídico. Y se concluyó que sí, teniendo en cuenta que la autonomía universitaria es un medio indispensable para la protección de derechos y garantías fundamentales de la sociedad, los cuales incluyen y extrapolan los derechos de enseñar y aprender, el derecho al

conocimiento y al desarrollo científico, o las libertades y garantías a la libertad de pensamiento y expresión.

A la universidad libre y autónoma, como *locus* privilegiado de ejercicio de esos derechos en la sociedad, fue atribuido el papel de verdadera institución de garantías del Estado democrático de Derecho. Así, la universidad ejerce un papel importante de promotora del pluralismo político e ideológico en miras del conocimiento y, como tal, actúa como un espacio social de protección contra los avances de ideales autoritarios.

En lo que se refiere al objetivo de este trabajo de demostrar que, pasados más de 30 años de la promulgación de la constitución, el concepto de autonomía universitaria aún está en construcción, se detectó y presentó una evolución en la interpretación dada por el Supremo Tribunal Federal (STF) en lo que atañe a la autonomía universitaria y al alcance de las normas constitucionales que la prevén. En los años que siguieron inmediatamente a la promulgación de la Constitución de 1988, se observó en el STF la interpretación de que las universidades públicas no tendrían tratamiento diferenciado con relación a las demás autarquías integrantes de la Administración Pública, sujetándose los límites de la autonomía universitaria a la legislación infraconstitucional. Recientemente, al juzgar la citada ADPF n° 548, el STF entendió la libertad académica como un derecho indisociable de diversos derechos y garantías fundamentales, reconociendo su *status* verdaderamente constitucional. Se cuestionó específicamente sobre la posibilidad de una interferencia gubernamental en la gestión administrativa de las universidades públicas por medio de actos normativos infraconstitucionales, especialmente en virtud de las recientes y constantes embestidas del poder ejecutivo nacional en el ámbito de la gestión académica, sobre todo con la intención de apuntar y controlar sus administradores. Se concluyó con la imposibilidad (esto es, por la ilegitimidad) de tal limitación de la autonomía universitaria, ya sea por medio de Medidas Provisorias o incluso Leyes Ordinarias, ya sea por medio de otros actos normativos infraconstitucionales.

241

Quedan abiertas las cuestiones referentes a la constitucionalidad de la decisión final de la elección de los administradores de las instituciones nacionales de enseñanzas corresponde al presidente de la República, en interpretación del artículo 16 de la ley n° 5.540/58, con la redacción dada por la ley n° 9.192/95. Parece existir una inconsistencia en esas normas infraconstitucionales, que confunden la designación (acto administrativo formal) con la elección (decisión sobre conveniencia y oportunidad sobre quién debe dirigir la universidad), siendo que la segunda no puede ser atribuida a los que no están en la estructura interna de la universidad. Estas son cuestiones que serán objeto de futuro desarrollo de la presente investigación y de medidas de entendimiento de esa autonomía universitaria plena, aún en construcción.

VII. Referencias bibliográficas

Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2009.

Bastos, Celso Ribeiro y Martins, Ives Gandra Da Silva, *Comentários à constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1998.

Bidart Campos, Germán J, *Compendio de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

Brandão, Rodrigo, *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, “ADPF 548: Autonomia universitária como garantia das liberdades no Estado Democrático de Direito” en Rizk Filho, José Carlos y otros, *Decisões Notórias das Cortes Supremas e Constitucionais*, Vitória, OAB/ES, 2021 (en vías de publicación).

242

Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, “A autonomia universitária na CF 88: em momento constitucionais”, *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 20, nº 1425, 22 de junho de 2020a. disponible em <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/428-artigos-jun-2020/8134-a-autonomia-universitaria-na-cf-88-em-momentoconstitucionais-1>>.

Cyrillo, Carolina y Silveira, Luiz Fernando Castilhos, “A universidade como instituição de garantia das liberdades no Estado Democrático de Direito: autonomia universitária como instrumento de resiliência” en Bustamante, Thomas y Mello, Patrícia Perrone Campos (orgs.), *Retrocesso Democrático e resiliência: a disputa pela constituição de 1988*, São Paulo, Bosch, 2021, (en vías de publicación).

Cyrillo, Carolina, “Limites Formais, Materiais e Circunstanciais das Emendas Constitucionais”, en Sganzerla, Rogério (org.), *Três décadas de reforma constitucional: onde e como o Congresso Nacional procurou modificar a Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

De Aragão, Alexandre, “A autonomia universitária e suas dimensões no direito brasileiro”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 32, n. 01, pp. 5-28.

Ferrajoli, Luigi, “Para um Ministério Público como instituição de garantia”, *Revista do Ministério Público*, n. 153, janeiro a março de 2018.

Ferraz, Ana Candida Cunha. “Autonomia Universitária na Constituição de 05.10.1988”, *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jan/mar. 1999.

Ferreira, Raúl Gustavo, “Fundamentos Básicos de Direito Constitucional”, *Anuário Superior de Justiça*, Vol 1, Santo Amaro, Leud, 2011.

Iwinska, Julia y Matei, Liviu. *University Autonomy: a practical handbook*. Budapest: Central European University, 2014, disponible en <https://www.researchgate.net/publication/331345204_University_Autonomy-A_Practical_Handbook>.

Justen Filho, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988.

Martínez, Leandro A, “La autonomía de las Universidades Nacionales en el Sistema Constitucional argentino. Análisis de las competencias y la jerarquía de las normas en materia de educación superior”, *Derechos En Acción*, 12(12), 309, 2009, disponible en <<https://doi.org/10.24215/25251678e309>>.

243

Martins, Carlos Benedito, “A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino privado no Brasil”, *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 30, n. 106, p. 15-35, jan./abr. 2009.

Medauar, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, RT, 2012.

Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 19º ed, São Paulo, Editora Malheiros, 2005.

Nohara, Irene Patrícia, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2013.

Pedra, Adriano Sant’Ana, *A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

Pietro, Maria Sylvia Zanella Di, *Direito Administrativo*, 19ª ed. São Paulo, Editora Atlas, 2006.

Popper, Karl, *Lógica das Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2004.

Ranieri, Nina Beatriz Stocco, *Autonomia Universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo, imprensa oficial, 2013.

Rodrigues, Horácio Wanderlei y Oliveira, Amanda Muniz, “A Liberdade Acadêmica no Direito Brasileiro: fundamentos e abrangência”. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 17, n. 25, p.158-176, maio/ago. 2019.

Rodrigues, Horácio Wanderlei. “Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988”, en Bonavides, Paulo; Lima, Francisco Gérson Marques de y Bedê, Fayga. (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J.J. Canotilho*, São Paulo: Malheiros, 2006.

Russell, Bertrand, *Ensaio Céticos*, Porto Alegre, L&PM, 2013.

Silva, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, RT, 1969.

Supremo Tribunal Federal, “Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 51 de 1989. Distrito Federal”, disponible en <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266174>>.

244 Supremo Tribunal Federal, “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 548. Distrito Federal”, disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=748549179&tipo=TP&descricao=%2F548>>.

Vieira, Oscar Vilhena, *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, São Paulo, Malheiros, 1999.

Westerheijden, d. F. y otros, “Progress in higher education reform across Europe”, *Governance Reform*, Volume 1: Executive Summary main report. Enschede / Kassel: Center for Higher Education Policy Studies (CHEPS), 2010, disponible en <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e5eba507-3f2c-4639-bb87-6aa75a0ef1f6/language-en>>.

Sistema jurídico y enseñanza del Derecho: El *common law* y el método del caso

Santiago Legarre* y Ed Edmonds**

Resumen

En principio, la manera en que se enseña Derecho guarda una relación directa con las características del sistema jurídico enseñado. Sin embargo, no siempre el *common law* y el *case method* van juntos. El texto describe la configuración de la carrera de Derecho en los Estados Unidos y el uso del método del caso, en cuanto método de enseñanza que podría ser valioso también en sistemas jurídicos distintos (v. gr., Argentina).

Palabras clave: : Enseñanza – Derecho – Common law – Método de casos.

* Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UCA); Investigador Independiente del CONICET; Profesor Visitante, University of Notre Dame Law School (Indiana, USA).

** Professor Emeritus of Law, University of Notre Dame Law School (Indiana, USA) y Director de la Kresge Law Library, University of Notre Dame Law School (2006-2016).

I.- Introducción

La manera en que se enseña Derecho guarda una relación directa con las características del sistema jurídico enseñado. Esa oración podría constituir un buen resumen de la idea principal que queremos desarrollar en este artículo¹. Sin embargo, el axioma contenido en la oración inicial, así de lógico como es, coexiste con dos realidades que, al parecer, se rebelan contra él. Por un lado, en algunos países del *common law*², incluida su cuna (Inglaterra), no se usa el método del caso. Por otro, el método del caso tiene mucho que aportar a países que, como Argentina, no pertenecen al *common law*. Pero estas dos realidades, un tanto desconcertantes (aunque no incompatibles con nuestro axioma), las dejaremos acaso para otro día y nos enfocaremos hoy someramente en el axioma mismo, para intentar explicarlo con un lector hispanoparlante y “civilista”³ en mente.

II.- La carrera de Derecho en Estados Unidos

Comencemos, entonces, con un repaso de la situación en los Estados Unidos⁴. En ese país, la carrera de Derecho es una carrera de posgrado, de tres años de duración. Es, en efecto, Estados Unidos uno de los pocos países del mundo donde Derecho no es una carrera de grado. Incluso en la cuna del *common law* (Inglaterra,

246

¹ La idea expresada en el texto fue adelantada en un manuscrito que uno de nosotros (el profesor Edmonds) usó durante años en sus clases de “Advanced Legal Research” en la Universidad de Notre Dame, titulado “The Foundation of Legal Research: Precedent, Stare Decisis, and Langdell’s Case Method”, revisado por última vez en 2014.

² El *common law* es “el sistema jurídico nacido en Inglaterra y llevado por la colonización británica a Estados Unidos, Canadá, Australia y diversos países asiáticos”. Julio Gottheil, *Common Law y Civil Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 17, nota 1.

³ Para una explicación de los distintos aspectos de la tradición del “*civil law*”, véase el clásico libro *The Contemporary Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*, de John Henry Merryman, actualizado por David S. Clark y John Owen Haley, LexisNexis, tercera edición, 2015, *passim*.

⁴ Para una buena introducción al sistema estadounidense véase, Julio César Cueto Rúa, *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, The Publications Institute, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University, 1981, ps. 5-13. A comienzos de 2021 se incoó el proyecto de traducir al castellano este ignoto libro del maestro Cueto Rúa, a cuyo fin la investigadora Carolina Ahumada contactó, con éxito positivo, al profesor Olivier Moréteau, director del *Center for Civil Law Studies* de la Universidad Estatal de Louisiana (LSU). También prestó su consentimiento Julio Amancio Cueto Rúa, en representación de la familia del querido profesor, fallecido en 2007. Cabe recordar que durante décadas, Cueto Rúa pasaba un semestre por año en Estados Unidos. De 1953 a 1956 dio clases en la Facultad de Derecho de Southern Methodist University (SMU) —de donde es egresado el mejor abogado de la Argentina, Héctor Aquiles Mairal— y, entre 1975 y 1990, en LSU, donde Cueto Rúa dejó una huella hasta hoy imborrable. Ya que estamos, conviene consignar también que cuando Cueto Rúa desembarcó en LSU, ya daba clases allí el profesor Saúl Litvinoff, otra luminaria argentina que brilló indeleblemente en Louisiana, desde 1965 hasta su retiro en 2009, un año antes de su muerte.

reiteramos), Derecho es un grado y dura también tres años (es decir, menos que en la mayoría de los demás países)⁵. Dado que en el país del norte se trata de un largo posgrado, Derecho requiere estudios previos de grado.

Quienes ingresan a una Facultad de Derecho en Norteamérica, antes estudiaron alguna otra carrera como Economía, Administración de Empresas, Historia, Letras, Ciencias Políticas, Relaciones Internacionales... y hasta hemos tenido —los autores de este trabajo— alumnos de Derecho que antes estudiaron Física, Química, Ingeniería e incluso Matemáticas; y varios que previamente han estado en la Marina o en la Fuerza Aérea, algunos de ellos ex combatientes en guerras como las de Irak y Afganistán.

Ciertos estudiantes de Derecho ingresan directamente a la Facultad apenas recibidos de su carrera de grado; otros optan por trabajar antes unos años. El resultado, en cualquier caso, es que la edad promedio de los estudiantes de Derecho es sustancialmente más alta que la de los estudiantes de Derecho en Argentina y en casi cualquier otro país del mundo⁶. Otra consecuencia, aneja, es que muchos de los estudiantes de Derecho en Estados Unidos ya han formado una familia propia. Estas dos circunstancias evidentemente inciden en la enseñanza y en el aprendizaje, con alcances no fáciles de determinar.

El primer año de la carrera de Derecho en Estados Unidos es el más importante. Por un lado, determina si un estudiante pasa a formar parte, a partir de segundo año, de la revista (o de una de las revistas, cuando hay varias⁷) de su Facultad: aquellos que terminan primer año en el “*top 10%*” de su cohorte (en materia de calificaciones), serán los elegidos y tendrán importantes funciones editoriales en la revista en cuestión. No debe olvidarse que el principio general en materia de publicaciones jurídicas estadounidenses es la ausencia de “referato ciego”. Ello está relacionado con el hecho de que son estudiantes, y no pares académicos, quienes gobiernan las revistas y deciden qué se publicará y qué no, sin expresar razones, en uno y otro caso. (A los europeos, habituados al “*blind peer review*”, este sistema les suele resultar incomprensible.)

Por otro lado, es en primer año cuando se expone a los estudiantes a las técnicas y métodos del *common law*⁸. En primer año, todo estudiante aprenderá la importancia de

⁵ Santiago Legarre, “Oxford. Una experiencia universitaria intensa”, *Campus*, Año 2, Número 4, p. 16 (1995).

⁶ Santiago Legarre, “Estudios de derecho en el extranjero: el gran dilema inadvertido”, *El Derecho* 260-919 (2014).

⁷ Las facultades de Derecho más grandes y más importantes de Estados Unidos pueden tener una docena de publicaciones propias, todas editadas por estudiantes. A la principal se la suele conocer como “*flagship*” y tiene un ámbito general; las otras tienden a ser especializadas.

⁸ Julio César Cueto Rúa, *Una visión realista del Derecho, los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, Capítulo 1.

la regla del “precedente” y del consiguiente principio de “*stare decisis*”, en la teoría y práctica anglo-americana⁹. Y, además, es en primer año cuando los estudiantes debutan con el famoso método del caso, que será fundamental durante el resto de la carrera¹⁰.

III.- El método del caso y el sistema del precedente judicial

Los estudiantes de Derecho de primer año, por lo visto, se hallan expuestos de un modo liminar, a un método (*case method*) que guarda una relación incluso semántica con un sistema jurídico (*case law*). Método y sustancia quedan así unidos inescindiblemente desde el primer día de clase, sobre todo en los cursos de “*legal research*”¹¹, título que podría traducirse como “investigación jurídica”¹².

En los cursos de investigación jurídica se introduce desde el primer día de primer año a los estudiantes al *stare decisis*, en sus dos dimensiones, “vertical” y “horizontal”¹³ —aunque no siempre se use esa terminología—. Este vínculo, entre “*legal research*” y “precedente” (y “*stare decisis*”, que en este contexto es lo mismo que “precedente”) ya fue detectado tempranamente, en 1923¹⁴, por Frederick C.

⁹ El nombre completo de la doctrina es *stare decisis et quia non movere*, que significa, en traducción flexible, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. Véase *Black’s Law Dictionary*, West, St. Paul, Minn., décima primera edición, 2019, p. 1696. En su voto concurrente en un importante caso sobre aborto de 2020, el *Chief Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos explicó el *stare decisis*, con cita del *Black’s Law Dictionary*. *June Med. Servs. L.L.C. v. Russo*, 140 S. Ct. 2103, 2134 (2020) (concurrencia de Roberts, C.J.).

¹⁰ Julio César Cueto Rúa, *El “Common Law”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997 (reimpresión de la edición de 1957, publicada por editorial La Ley), capítulo VI, titulado “El Método del Caso”.

¹¹ Sobre todo en los cursos de “*legal research*”, pero no solamente en ellos: también en las otras materias fundacionales de primer año —único de los tres años de la carrera en el cual todas las materias son obligatorias— se abordan los métodos del *common law*, de alguna u otra manera.

¹² La realidad de la unión entre método y sustancia subsiste como tal a pesar de la masiva mudanza de las fuentes del Derecho norteamericano a recursos digitales, como han mostrado, entre otros, Richard A. Danner, “Contemporary and Future Directions in American Legal Research: Responding to the Threat of the Available”, 31 *Int’l J. Legal Info* 179, 181 (2003) y Lee F. Peeples, “The Death of the Digest and the Pitfalls of Electronic Research: What Is the Modern Legal Research to Do?”, 97 *Law Libr J.* 661, 661 (2005). Sin embargo, es verdad que el surgimiento y la disponibilidad del universo digital han cambiado radicalmente la manera en que los estudiantes aprenden a investigar jurídicamente.

¹³ Somos partidarios, por su potencia gráfica para reflejar la realidad, de la terminología “*stare decisis* vertical” y “*stare decisis* horizontal”, como también lo fue la actualmente jueza de la Corte Suprema de Estados Unidos y ex profesora de la University of Notre Dame Law School, Amy Coney Barrett, en “Precedent and Jurisprudential Disagreement”, 91 *TEX. L. REV.* 1711, 1712 (2013). Véase también, Santiago Legarre y Julio C. Rivera (h), “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, *La Ley* 2005-F-850.

¹⁴ Unos años más tarde, Robert A. Sprecher profundizó esta línea, con acopio de antecedentes históricos sobre el precedente y su uso. Robert A. Sprecher, “The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which It Should Be Applied”, 31 *A.B.A. J.* 469 (1945).

Hicks, el famoso bibliotecario de las Facultades de Derecho de la Universidad de Columbia, en Nueva York (1915-1928), y de Yale, en New Haven (1928-1945). En su obra pionera sobre metodología de la investigación jurídica, Hicks sostuvo que “desde los viejos días en que el precedente estaba sentado en el trono del derecho inglés, los abogados se postraron ante él”¹⁵.

En la década de 1950, otros bibliotecarios —que eran también profesores en sus facultades de Derecho— ahondaron la huella inaugurada por Hicks. Por un lado, dos discípulos suyos, Miles O. Price (sucesor de aquel en la biblioteca de Columbia Law School) y Harry Bitner (bibliotecario de Yale Law School, después de que lo fuera Hicks) dieron conjuntamente a luz en 1953 a su *Effective Legal Research: A Practical Manual of Law Books and Their Use*. Por otro, en 1956 Ervin H. Pollack (profesor de Derecho y bibliotecario de la Facultad de Derecho de Ohio State University) publicó su importante *Fundamentals of Legal Research*. Ambas obras reforzaron el vínculo entre investigación jurídica y precedente en Estados Unidos. Ello implicó que los autores fundacionales de textos sobre “*legal research*” dieran una importancia prominente al estudio del precedente y del *stare decisis*, abriendo así un surco que sería transitado por sus seguidores, hasta nuestros días¹⁶.

IV.- Conclusión

249

No es difícil vislumbrar el nexo entre todo lo anterior y el método del caso, inventado en Harvard a mediados del siglo diecinueve por quien fuera decano de su Facultad de Derecho entre 1870 y 1895, Christopher Columbus Langdell¹⁷. Pues el “*case method*” consiste en un sistema pedagógico de preguntas del profesor (y respuestas de los estudiantes) sobre la base de la lectura previa de... casos —casos que, en el *common law*, por ser *case law*, constituyen la principal fuente del Derecho—¹⁸.

¹⁵ La cita es más larga y en el original dice así: “Since the days when precedent was first firmly seated on the throne of English law, lawyers have bowed down to it, and wise men have admonished the tyro to seek knowledge in books wherein are set down a multitude of isolated instances of authoritative rulings of the courts”. Frederick C. Hicks, “Materials and Methods of Legal Research with Bibliographical Manual”, Lawyers Cooperative Pub., 1923, p. 13. Sobre Hicks y su autoridad en esta materia, véase Stacy Etheredge, “Frederick C. Hicks: The Dean of Law Librarians”, 98 LAW LIBR.J. 349, 350 (2006).

¹⁶ Véase, por ejemplo, Jane C. Ginsburg, *Cases and Materials on Legal Methods (with Teacher's Manual)*, Foundation Press, cuarta edición, 2014.

¹⁷ Volvemos a remitir, en la Argentina, a Julio César Cueto Rúa, *El “Common Law”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997 (reimpresión de la edición de 1957, publicada por editorial La Ley), capítulo VI. Bianchi tiene razón cuando afirma que este libro de Cueto Rúa “sigue siendo la mayor autoridad para el tema en nuestro país”. Alberto B. Bianchi, “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, *El Derecho. Serie Especial de Derecho Constitucional*, T. 2000/2001, p. 340.

¹⁸ Santiago Legarre “Método del Caso: Una alternativa posible y deseable” *Campus*, Año 1, Número 2, p. 20 (1994).

Ya dijimos que en Inglaterra (madre del *common law* y del *case law*), sin embargo, generalmente no se usa el método del caso. Y también ya afirmamos que en países como Argentina (“huérfanos” de *common law* y de *case law*), el método del caso podría rendir gran fruto. Pero dejamos para otra ocasión la exploración de estas afirmaciones finales, tan llenas de ironía como de verdad.

Hoy, en cambio, terminamos esta sintética excursión con el señalamiento de que de entre los métodos de enseñanza del Derecho en Estados Unidos, el método del caso todavía reina en el firmamento, en especial en primer año de la carrera. Aunque, también conviene dejarlo señalado, hace ya tiempo que se encuentra en una crisis, de resultados inciertos, relacionada no tanto con el *common law* cuanto con una crisis más general de la educación jurídica en Norteamérica.

V.- Bibliografía

Barrett, Amy Coney, “Precedent and Jurisprudential Disagreement”, 91 TEX. L. REV. 1711, 1712 (2013).

Bianchi, Alberto B., “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, *El Derecho. Serie Especial de Derecho Constitucional*, T. 2000/2001.

Black's Law Dictionary, West, St. Paul, Minn., décima primera edición, 2019.

Cueto Rúa, Julio César, *El “Common Law”*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997 (reimpresión de la edición de 1957, publicada por editorial La Ley).

Cueto Rúa, Julio César, *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, The Publications Institute, Paul M. Hebert Law Center, Louisiana State University, 1981.

Cueto Rúa, Julio César, *Una visión realista del Derecho, los jueces y los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

Danner, Richard A., “Contemporary and Future Directions in American Legal Research: Responding to the Threat of the Available”, 31 Intl’l J. Legal Info 179, 181 (2003).

Edmonds, Ed, “The Foundation of Legal Research: Precedent, Stare Decisis, and Langdell’s Case Method” (2014, manuscrito inédito).

Etheredge, Stacy, “Frederick C. Hicks: The Dean of Law Librarians”, 98 LAW LIBR.J. 349, 350 (2006).

Ginsburg, Jane C., *Cases and Materials on Legal Methods (with Teacher's Manual)*, Foundation Press, cuarta edición, 2014.

Gottheil, Julio, *Common Law y Civil Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.

Hicks, Frederick C., "Materials and Methods of Legal Research with Bibliographical Manual", Lawyers Cooperative Pub., 1923.

Legarre, Santiago, "Método del Caso: Una alternativa posible y deseable" *Campus*, Año 1, Número 2, p. 20 (1994).

Legarre, Santiago, "Oxford. Una experiencia universitaria intensa", *Campus*, Año 2, Número 4, p. 16 (1995).

Legarre, Santiago Legarre y Rivera (h), Julio C., "Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*", *La Ley* 2005-F-850.

Legarre, Santiago, "Estudios de derecho en el extranjero: el gran dilema inadvertido", *El Derecho* 260-919 (2014).

Merryman, John Henry, *The Contemporary Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*, actualizado por David S. Clark y John Owen Haley, LexisNexis, tercera edición, 2015.

Peebles, Lee F., "The Death of the Digest and the Pitfalls of Electronic Research: What Is the Modern Legal Research to Do?", 97 *Law Libr. J.* 661, 661 (2005).

Sprecher, Robert A., "The Development of the Doctrine of *Stare Decisis* and the Extent to Which It Should Be Applied", 31 *A.B.A. J.* 469 (1945).

Develando una ética cívica de mínimos comunes para la Argentina.

Adela Cortina y la realidad (objetiva) inmaterial de los valores

Mauricio Devoto*

Resumen

En el presente documento¹ introduzco y analizo diversos aspectos relativos a la idea de *ética cívica de mínimos*, desarrollada por la filósofa española Adela Cortina². Frente a una época marcada por el pragmatismo filosófico y un pluralismo que sugeriría la imposibilidad de alcanzar valores comunes respecto de la vida política y ciudadana, Cortina realiza un importante aporte para aquellos que consideramos que los seres humanos somos capaces de mejorar nuestra naturaleza social y política; de educar y moldear nuestro carácter a efectos de construir un común espacio público común cohabitante, respetando las normas e instituciones que rijan nuestro sistema político. En definitiva, que es posible la construcción de una ciudadanía sustentada en una ética cívica pública de valores comunes compartidos. En palabras de Cortina: éticas de mínimos³, que pueden y deben formar parte de la educación ciudadana,

* Director de CIVES – Centro de Estudio en Ciudadanía. Facultad de Derecho, UP.

¹ Una versión anterior de este trabajo fue presentado en el seminario de posgrado de la Facultad de Derecho de la UP “Derecho y filosofía política”, a cargo del Dr. Martín Farrell.

² Adela María Carmen Cortina Orts, Catedrática Emérita de Filosofía Moral y Política, Universidad de Valencia, España. Directora Académica de la Fundación ÉTNOR. Miembro de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Doctora Honoris Causa por varias Universidades españolas y extranjeras. Publicaciones recientes: *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, Barcelona, Paidós, 2021; *Aporofobia: el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona, Paidós, 2017 y “La conciencia moral desde una perspectiva neuroética. De Darwin a Kant”, en *Pensamiento*, nº 72 (273), 2016.

³ La idea de mínimos compartidos ha sido desarrollada por diversos filósofos y científicos políticos españoles, con distintas posturas y miradas sobre su alcance. Algunos de ellos bajan rápidamente la teoría a lo concreto, limitando tales mínimos al conjunto de derechos, deberes y garantías reconocidos por cada Estado a las personas. Tal es el caso de Fernando Savater, (en *Defensa de la Ciudadanía*, Barcelona, Planeta, 2014) para quien el conjunto de derechos, deberes y garantías que constituyen la ciudadanía democrática no estaría basado en ninguna identidad cultural, étnica, ideológica, religiosa o racial predeterminada sino en nuestra pertenencia como

promueven el diálogo y la deliberación, favorecen la convivencia pacífica y, bajo ciertas condiciones, permiten el desarrollo de distintas éticas de máximos. La visión de Cortina apunta a la idea de una ciudadanía global, desarrollo cuya viabilidad requeriría de una burocracia institucional acorde a tal desafío. Por estas latitudes, y, eventualmente, dejando de lado el debate filosófico objetivismo/subjetivismo, ante la necesidad de encontrar pautas mínimas de convivencia que permitan superar la anomia y violencia que significa la falta de respeto de acuerdo alguno, entiendo que deberíamos ir primero por objetivos más modestos y pensar en el desarrollo de culturas ciudadanas a nivel nacional.

Palabras clave: Valores – Ética cívica – Ética pública – Ciudadanía.

miembros de la institución constitucionalmente vigente, que establece las reglas de juego que compartimos, a partir del respeto a las cuales cada cual puede tratar de diseñar el perfil que quiera dar a su vida. Otras concepciones son más abarcativas, profundizando en principios y valores éticos, comunicacionales, convivenciales y dialógicos, aunque también serían deducibles de la normativa general en materia de derechos humanos (tal el caso de Adela Cortina, que analizamos en este trabajo). Finalmente, otros pensadores, partiendo de la base de que la democracia necesita actores que hoy no resulta capaz de producir, sostienen que la competencia ciudadana implica la capacidad de enfrentarse a una diversidad de opiniones e intereses y hacerse una imagen coherente de la realidad. Esta competencia iría más allá de lo cognitivo: “se trata de una capacidad que comprende la disposición a tratar los conflictos políticos de forma dialogada, la capacidad de compromiso, una cierta disposición a ser decepcionado y la sensibilidad para percibir las situaciones de desventaja o exclusión de otros”. En definitiva, la capacitación ciudadana - capacitación política- no sería solamente una habilidad cognitiva sino que implicaría otras disposiciones de tipo emocional (Daniel Innerarity, *Comprender la Democracia*, Barcelona, Gedisa, 2018). Al respecto de toda esta discusión también recomendamos la lectura de Michael Ignatieff, *Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido*, Barcelona, Taurus, 2018.

I.- Tres teorías de base: valores, ética de mínimos y ciudadanía

En el año 2021, aún con el COVID sobre nuestras espaldas, Adela Cortina se puede dar el lujo de hablar a cualquier persona con la que se encuentre por la calle y explicarle en pocas y sencillas palabras en qué consiste la ética y porqué es importante para la vida de las personas, las sociedades, los países, el ambiente y fundamentar sus dichos. Incluso nos ha dejado un breve escrito con estas explicaciones⁴. Para llegar a esto ha pasado por la educación de maestros como José Luis Aranguren, Xavier Zubiri, Jürgen Habermas y Karl-Otto Apel y el matiz no menor de una cierta y particular formación y predisposición del carácter que, a mi entender, cumple las veces de la ejemplariedad pública que reclama Javier Gomá, otro filósofo amigo español⁵. Pero sobre todo, le ha permitido crecer y evolucionar en una sociedad como la española, en la que el dogmatismo religioso influyó notablemente en el desarrollo de todo tipo de ideas.⁶

Con esta advertencia inicial, no tengo problema en rescatar términos, debates o ideas que puedan haber caído en el olvido, o, tildadas de dogmáticas, hayan sido apartadas del camino por concepciones políticas, filosóficas o ideológicas tanto o más dogmáticas o extremistas que las reemplazadas. En este caso, concretamente, me refiero a la objetividad de los valores. Y ver hasta dónde podemos llegar.

Como adelanté, mi interés en este tema supera lo teórico. Tiene a la ética como fondo: pretende influir en la acción, en el comportamiento de las personas⁷. Acción humana, siempre imperfecta, tanto mi análisis y propuesta como su aplicación concreta. En una época y región que no se destaca por ofrecer ideas o voces que tengan la fuerza, convicción, argumentación y apoyo suficientes como para sanear la política, para romper la apatía de una pseudo-ciudadanía que no ha logrado superar el estadio del habitante-individuo desvinculado del espacio público y para instaurar una cultura de paz por sobre la violencia y la confrontación permanente, estoy en la búsqueda de puntos mínimos de encuentro, mínimos comunes denominadores que sirvan de base para la convivencia y desarrollo de las personas y el vínculo de ellas con el ambiente. Comenzar por aquello que puede unirnos, aquello que tenemos en común, y recién luego concentrarnos en aquello que nos diferencia. Posiblemente, por la velocidad que marca

255

⁴ Cortina, Adela, ¿Para qué sirve realmente...? La Ética, Barcelona, Espasa, 2013.

⁵ Gomá, Javier, Ejemplariedad pública. Madrid: Santillana, 2009.

⁶ La influencia en latinoamérica tuvo otras características con consecuencias que siguen teniendo plena vigencia en distintos ámbitos y sectores.

⁷ Farrell, Martín, Enseñando Ética, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2015, cap. 1 “Enseñando ética: valores morales y modos de tratarlos” y Filosofía moral, política y del derecho, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2019, cap. VI “La opción básica de la metaética (y su importancia para la filosofía del derecho)”. Reconozco de antemano que mucho de lo que diga o no diga sobre los valores -aquello que tenga algo de lucidez y coherencia, sobre todo- resulta una derivación de lo aprendido, conversado y debatido con el Prof. Martín D. Farrell.

el ritmo de nuestras vidas y de nuestros jóvenes interlocutores, sea ésta una época de simplificar y generalizar y decidirmos rápidamente por alguna variante absoluta: no es posible que existan estos valores comunes (universales, objetivos o como preferamos llamarlos) porque todo es subjetivo; o, como sin dudar decía Ortega y Gasset, siguiendo a Max Scheler, los valores están en las cosas, las personas y las instituciones y sólo hace falta cultivarse para poder degustarlos. Quizá simplemente “existan” por estar incorporados a la legislación, aunque nos lleguen de una manera extraña, confundidos bajo la forma de “derechos” a reclamar de otros, sin deberes a nuestro cargo. Quizá nadie nadie nos haya explicado que cada uno de nosotros -y no “otros”-, éramos sus actores principales, ni nos explicó el modo o forma de ejercerlos que esa misma legislación dispone. Entiendo que esta mezcla de confusiones -peligroso coctail de cuestiones morales, legales, educativas, políticas, anomia, corrupción, desidia, irresponsabilidad- no puede dejar de influir en el tipo de ciudadano que habita nuestros países, así como en el vínculo que el mismo ciudadano entabla con la forma de gobierno y sus instituciones y con el espacio público común que indefectiblemente sirve de campo de juego de la vida social -vida política- y la vinculación con el otro.

256

Pensando en la consolidación de repúblicas democráticas, la profundidad argumentativa de la teoría de Cortina acerca de la objetividad de los valores, estemos o no de acuerdo con ella, permite volver varios pasos atrás y desandar el camino en una materia a la que le sobran frases hechas y justificaciones circulares que sólo sirven para confundir a una ciudadanía necesitada de mayor claridad. Permite que vinculemos valores con mínimos éticos cívicos compartidos y educación ciudadana. Este proceso de deconstrucción-construcción debe ser realizado respetando las reglas de juego del sistema político: este es el primer punto del acuerdo de mínimos. Recalco este punto porque no es lo observado en sucesiones de fanatizados y extremistas gobiernos nacionales-populares y liberales de diversos países de Latinoamérica, en los que la letra de las constituciones republicanas parece ya no interpelar a la ciudadanía ni haber sido destinada a formar parte de la educación ciudadana; igual de grave, el sentido y espíritu de la letra -si es que está permitido utilizar estos términos por un ciudadano común y corriente- resulta continuamente devaluado por parte de los intérpretes judiciales y quienes ejercen el poder (en nombre del Estado o del capital, según el gusto del consumidor). En cualquiera de los casos, en mayor o menor medida, por la corrupción.

Trabajar en valores implica iniciar una tarea de deconstrucción. ¿Qué valores democráticos o republicanos vamos a defender si difícilmente sabemos percibir o definir un valor? ¿Cómo romperemos el círculo vicioso en el que siempre es “otro” el responsable de nuestras penurias? ¿Cómo convivir pacíficamente si pretendemos comenzar a construir sobre lo que nos diferencia? ¿Cómo hablar de democracia si no comprendemos la especial forma en la que fue incorporada y adoptada por la Constitución Nacional?

El trabajo de Cortina ha girado siempre alrededor de algún aspecto de la ética aplicada. En los últimos años, temas vinculados a la ética empresarial y el rechazo al pobre - aporofobia⁸- han ocupado su atención y labor académica. Como ya expresé, en esta oportunidad introduzco brevemente la visión sobre uno de los grandes temas que entiendo han servido de base de toda su carrera y como aporte concreto para la formación ciudadana: en sus palabras, la posibilidad de desarrollar y educar una *ética pública cívica común de mínimos*. Esta visión me servirá de insumo para un trabajo que se encuentra en preparación sobre un modelo de teoría funcional de la ciudadanía republicana para la Argentina.

II.- Valores

II.1.- Un mundo de valores. Capacidad de Estimar

Los valores están de moda. Todos hablamos de ellos y de lo que nos importan. Repetimos una serie de palabras, muchas veces sin saber su significado. Pocas veces nos preguntamos qué significa un valor. Para comprender el preámbulo de la Constitución, para explicar a los jóvenes el significado de “afianzar la justicia”, para explicarle al ciudadano que “justicia” no es sinónimo de sistema judicial sino que es un valor que debe ser actuado en la vida cotidiana por todos, necesitamos explicar primero el significado de los valores. Deconstruir para volver a construir.

257

En su libro “*El Mundo de los Valores*”⁹, Adela Cortina nos dice que “hablamos de valores no porque estén de moda sino porque los valores forman parte de nuestro ser más profundo, de nuestra más entrañable realidad”. Ideas y modas que no eran nuevas: algo muy parecido a lo que Ortega y Gasset enseñaba en 1923 desde la Revista de Occidente¹⁰. Y lo son de tal manera que resulta imposible imaginar una vida sin ellos.

Más allá de valores en general, Cortina va al grano y toma el caso los valores morales: “Toda persona es inevitablemente moral: no hay nadie que pueda situarse más allá del bien y del mal y que no actúe de acuerdo con unos principios morales determinados o en contra de esos mismos principios”. Si en un momento alguna cuestión determinada hace que uno o varios valores morales adquieran mayor

⁸ Cortina, Adela, Aporofobia: el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia, Barcelona, Paidós, 2017.

⁹ Cortina, Adela, El mundo de los valores. Ética y educación, Santa Fe de Bogotá, Editorial El Búho, 1997.

¹⁰ Ortega y Gasset, José, Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores? (1947), Madrid, Encuentro, 2004. La edición de “Encuentro” está tomada de las Obras Completas, que a partir su primera edición de 1947 se publica bajo este título. La primera versión del texto fue publicada en el número IV de Revista de Occidente, de octubre de 1923, bajo el título “¿Qué son los valores? Iniciación en la Estimativa”.

visibilidad pública que otra categoría de valores no es porque fugazmente se pongan de moda y después desaparezcan y dejen de tener importancia. Se mantendrán visibles mientras subsista la razón que los requiere, para hacerse discretamente a un lado cuando la sociedad y las instituciones se encuentren lo suficientemente embebidas/adobadas (su gradación sea razonable) y las necesidades sean otras.

En cuanto al lenguaje y su utilización, Cortina adopta una clasificación que distingue entre lenguaje descriptivo, que describe o nos informa acerca de hechos, del lenguaje prescriptivo, que tiene por objeto orientar la acción, de manera imperativa por medio de mandatos o valorativa, por medio de valoraciones o estimaciones. Desde este último punto de vista, el mundo de los valores, destaca nuestra filósofa, es un mundo escurridizo y complejo, en el que *parece* que todo se resuelve en el puro subjetivismo del “a mí me gusta”, “a mí no me gusta”, “yo lo valoro positivamente, y él, negativamente”. Un mundo en el que las decisiones son subjetivas y sobre las que *pareciera* no tener mucho sentido argumentar con los demás: sobre gustos no hay nada escrito. Sin embargo, no todo tiene que quedar aquí: se puede incorporar otro ingrediente, la predisposición para apreciar o degustar un valor. La educación en valores consistiría, de esta manera, en cultivar las condiciones que preparan para degustar ciertos valores. Si creemos en la existencia de valores constitucionales que conforman una ética cívica de mínimos comunes deberíamos pensar en una educación para la ciudadanía que incluya la educación en valores. Pero esto ya significa entrar en la etapa de reconstrucción.

258

Siguiendo casi al detalle a Ortega y Gasset, Cortina afirma que cuando de una manera u otra interactuamos con cosas, personas e instituciones, no solo las observamos, comparamos, clasificamos, sino que también las estimamos o desestimamos, las preferimos o relegamos, las amamos o las odiamos. Es decir, las valoramos, positiva o negativamente. Sin embargo, ser y valer no necesariamente se identifican. Hay cosas que son y, sin embargo, las valoramos negativamente (enfermedad). Otras que no son y las valoramos positivamente (justicia perfecta). Por eso el gran problema en cuanto a los valores es averiguar si tienen realidad, si reconocemos en ellas un valor y por eso nos parecen valiosas, o por el contrario, le concedemos un valor a las cosas (los inventamos) y por eso nos parecen valiosas.

II.2.- Los valores valen, pero...

¿Tienen realidad los valores?, se pregunta Cortina. ¿O los inventamos? ¿Concedemos un valor a las cosas, y por eso nos parecen valiosas? ¿O reconocemos en ellas un valor, y por ello nos resultan valiosas? Si aceptamos la primera tesis, dice Cortina, el subjetivismo es inevitable: cada grupo, cada persona y sociedad creará sus propios valores, y no podrá pretender que otros los estimen. Si aceptamos la segunda postura, “no se entiende porqué no somos capaces de estimarlos todas las personas,

ni tampoco qué resquicio de creatividad nos queda a la hora de construir el mundo”.

Evidentemente Cortina no acepta la primera tesis, pero tampoco se conforma de forma absoluta con la segunda. “Los valores valen realmente, por eso nos atraen y nos complacen, no son una pura creación subjetiva”, afirma, “las consideramos buenas porque descubrimos en ellas un valor, no porque decidamos subjetivamente fijárselo”. “Pero la realidad no es estática, sino dinámica, contiene un potencial de valores latentes que solo la creatividad humana puede ir descubriendo”. Toda persona, educada o formado su carácter de una forma determinada, puede no solo degustar los valores de las cosas, personas o instituciones, sino que puede “sacar a la luz lo que ya estaba latente”, alumbrando de este modo nuevos valores o nuevas formas de percibirlos”. Dicho esto, ¿qué oficio desempeñan los valores cuando orientan nuestra acción en uno u otro sentido? La respuesta de Cortina es clara: los valores nos permiten acondicionar el mundo para que podamos vivir en él plenamente como personas. Un mundo injusto, insolidario y sin libertades no reúne las condiciones mínimas de habitabilidad.

II.3.- Cualidades reales

Los valores son cualidades reales de las cosas, de las acciones, de las sociedades y de las personas, enseña Cortina, continuando la línea de pensamiento de Ortega y Gasset¹¹. Un valor no es un objeto, no es una cosa, no es una persona, sino que está en la cosa (un *hermoso* paisaje), en la persona (una persona *solidaria*), en una sociedad (una sociedad *respetuosa*), en un sistema económico (un sistema económico *justo*) o en las acciones (una *buen*a acción). Tendemos a sustantivar los valores, designándolos como tales. Así hablamos de la libertad, la igualdad, la solidaridad, la disposición al diálogo. Incluso llegamos a darle forma corpórea, una mujer con una antorcha (la libertad), con una balanza y los ojos vendados o la forma de un expediente judicial (la justicia). La realidad es que no existen en esta forma: nunca encontraremos un ser llamado libertad ni una cosa llamada justicia. Porque los valores son cualidades que cualifican a determinadas personas, acciones, situaciones, sistemas, sociedades y cosas, y por eso generalmente los expresamos mediante adjetivos calificativos.

259

II.4.- Positivos o negativos

Los valores son siempre positivos o negativos. El mundo del valor tiene siempre una doble cara: la atractiva y la repulsiva. Valores positivos son la justicia y la igualdad en las cosas humanas, la utilidad y la belleza, la agilidad y la salud. Valores

¹¹ Aunque diferenciándose de Ortega en cuanto a que éste los caracterizaba como cualidades irreales.

negativos, por el contrario, la injusticia y la desigualdad, la inutilidad y la fealdad, la torpeza y la enfermedad.

II.5.- Poseen dinamismo

Los valores poseen dinamismo. Los positivos nos incitan a tratar de alcanzarlos. Los negativos nos mueven a erradicarlos. En el mundo de los valores no existe la neutralidad. Lo mismo podríamos decir de nuestra vida. Pensemos. Al igual que la enseñanza, que siempre es una transmisión de valores. No hay enseñanza neutral, sino siempre cargada de valores, por eso más vale explicitarlos y hablar abiertamente sobre ellos que pretender una engañosa y poco creíble neutralidad que termina siendo tildada de adoctrinamiento solapado.

II.6- Una clasificación

Dentro de las distintas clasificaciones existentes sobre los distintos tipos de valores, Cortina parte de una clasificación tradicional de Marx Scheler, para luego brindar su propia clasificación y así pasar a lo que le interesa, los valores morales.

260

- M. Scheler

<i>Sensibles:</i>	- Placer/Dolor, Alegría/Pena
<i>Valores de la Civilización:</i>	- Útil/Perjudicial
<i>Valores Vitales:</i>	- Noble/Vulgar
<i>Valores culturales o espirituales:</i>	- Estéticos: Bello/Feo
	- Ético-jurídicos: Justo/Injusto
	- Especulativos: Verdadero/Falso
<i>Valores Religiosos:</i>	- Sagrado/Profano

- A. Cortina

<i>Sensibles:</i>	- Placer/Dolor, Alegría/Pena
<i>Útiles:</i>	- Capacidad/Incapacidad, Eficacia/Ineficacia
<i>Vitales:</i>	- Salud/Enfermedad, Fortaleza/Debilidad
<i>Estéticos:</i>	- Bello/Feo, Armonioso/Caótico
<i>Intelectuales:</i>	- Verdad/Falsedad, Conocimiento/Error
<i>Morales:</i>	- Justicia/Injusticia, Libertad/Esclavitud, Igualdad/ Desigualdad, Honestidad/Deshonestidad, Solidaridad/ Insolidaridad
<i>Religiosos:</i>	- Sagrado/Profano

II.7.- Los valores morales

Las palabras ética y moral en sus orígenes griego -ethos- y latino -mos- significan prácticamente lo mismo y refieren a carácter o costumbres, por lo que está justificado que la persona común y corriente las utilice de manera indistinta en la vida cotidiana. En términos de Cortina, tanto la ética como la moral ayudan a “labrarnos un buen carácter para ser personas en pleno sentido de la palabra, para acondicionar la realidad de tal modo que podamos vivir en ella de forma humana. Y lo que decimos de las personas podemos decirlo de las instituciones, los sistemas y las sociedades”.

En otras palabras, en el lenguaje filosófico resulta conveniente una distinción terminológica para designar dos tipos de saber: la moral, moral vivida, que forma parte de la vida cotidiana y que ha estado presente en todas las personas y en todas las sociedades, y la ética o filosofía moral, moral pensada, que reflexiona filosóficamente sobre el anterior. Como esta distinción solo importa a los filósofos, es legítimo en la vida cotidiana emplear indistintamente cualquiera de las dos expresiones para referirse en ambos casos a la forja del carácter.

El contenido de los valores morales ha sufrido modificaciones a lo largo de la historia y en las diferentes culturas. Sin embargo, de ello no debe concluirse que no exista algo que pueda afirmarse universalmente sobre los valores y que habría que atenerse a cada una de las épocas para ver qué es lo que realmente vale en ellas. Por el contrario, existen ciertos valores que resisten los cambios y otros que evolucionan, progresan. Históricamente hemos ido recorriendo etapas, avanzando, sin que ello signifique que en alguna oportunidad no sea conveniente detenerse y mirar para atrás. Las sociedades aprenden, no solo técnicamente, sino también moralmente.

Con miras al tipo de ciudadanía que Cortina considera procedente desarrollar, las personas deberían estar dispuestas a realizar distintos tipos de valores, organizándolos de un modo armónico que permita el desarrollo personal y la convivencia con los demás. La ciudadanía responsable, en particular, debería sustentarse en un grupo mínimo de valores compartidos. En esto, los valores morales juegan un rol fundamental y presentan características que los distinguen:

Dependen de la libertad humana: está en nuestras manos realizarlos;

No configuran simples trazos del carácter, simples peculiaridades que unas personas tienen y otras no, sino que piden ser universalizados.

Quien se los apropia crece en humanidad, el que no lo hace disminuye. Una vida sin estos valores está falta de humanidad, por eso los universalizaríamos: estaríamos dispuestos a defender que cualquier persona debería intentar realizarlos.

Dentro de los valores que componen una ética cívica Cortina destaca la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia, el respeto activo y la disposición a resolver los problemas comunes a través del diálogo. Se trata de valores básicos que toda

sociedad democrática no sólo debe enunciar sino también defender. Y, dado que ellos se traducen en prácticas sociales, las democracias deben educar en las capacidades necesarias para encarnarlos. Si nos ponemos a analizar el mapa político de nuestros países latinoamericanos encontraríamos que una parte importante de esa tarea ya fue realizada: el sustento mínimo común que sirve de base a estas prácticas cotidianas que deben informar nuestra ciudadanía lo encontramos en los acuerdos que nos constituyen como naciones: las constituciones, los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos. Conocer las funciones, derechos y deberes que corresponden al rol de ciudadano, ejercerlos, cumplirlos, hacerse cargo de sus consecuencias, es otra cosa.

III.- Pluralismo moral y pluralismo ético¹²

El desarrollo de la conciencia moral en las sociedades occidentales ha ido configurando paulatinamente dos niveles de reflexión y lenguaje, ya comúnmente admitidos: la *moral de la vida cotidiana* y la *ética o filosofía moral*. La moral o, más bien, las distintas morales vigentes en la vida cotidiana tratan de ofrecer orientaciones para la acción directamente, mientras que la ética orienta también la conducta, pero sólo de forma indirecta, porque su tarea consiste en reflexionar sobre los fundamentos racionales de lo moral, fundamentos que, en último término, son normativos.

262

En los años setenta del siglo pasado la mencionada distinción se hizo sobradamente célebre entre los filósofos morales, porque les importaba averiguar si gozaban de legitimidad para dar normas morales o si, por el contrario, sólo los moralistas la tenían por reconocérsela los ciudadanos. A fin de cuentas —se decía—, hay diversas morales con apellidos de la vida cotidiana (morales cristianas, islámicas, judía, moral ligada a distintas versiones del hinduismo, el budismo, el confucianismo, etc.) y cada una de ellas merece crédito para aquellos que ya han aceptado sus principios, bien sea por tenerlos por revelados, bien por confiar en la tradición que los mantiene. Lo que confiere legitimidad a las orientaciones que tratan de dar los moralistas son entonces las fuentes de las que beben esas orientaciones, no tanto su personal lucidez o su genialidad. La tarea del ético o filósofo moral debía consistir entonces no tanto en dar normas para la acción, ya que ningún poder superior le asistía para ello, sino en intentar dilucidar en qué consiste el fenómeno moral y qué fundamentos racionales le avalan para orientar la conducta. Las disputas sobre los fundamentos de la moral ocuparon gran parte de la reflexión ética en los años setenta y los ochenta.

Cortina nos cuenta que, curiosamente, por aquella misma época, algunos “ignorantes” habían llegado a la inusitada conclusión de que hay diversidad de

¹² Adaptado de Cortina, Adela, “Ética y política: moral cívica para una ciudadanía cosmopolita”, en *Endoxa: Series Filosóficas*, n° 12, 2000, pp. 773-789.

morales, pero una sola ética, que hay morales con diversos apellidos de la vida cotidiana y una sola ética universal. Esto, evidentemente, es falso. Eudemonistas, utilitaristas, kantianos, pragmatistas continúan discutiendo sobre los fundamentos de la ética y sobre la posible aplicación de tales fundamentos, de donde se desprende que hay también pluralidad de teorías éticas, con apellidos de la vida filosófica. *Al pluralismo moral de la vida cotidiana viene a sumarse la pluralidad de teorías éticas.* ¿Qué hacer ante la pluralidad de morales y la diversidad de éticas?

La tentación del relativismo o el subjetivismo es sin duda fuerte y un buen número de desprevénidos han caído en ella, llegando a la conclusión de que no existen principios ni valores universalizables, sino que el mundo de las valoraciones es siempre relativo a tradiciones y culturas, o bien depende de las preferencias subjetivas. Sin embargo, relativismo y subjetivismo, en palabras de Cortina, tienen corto vuelo. La bioética, la ética de la economía y la empresa, la de los medios de comunicación, la política y las profesiones salvaron a la ética del espejismo relativista y subjetivista, porque la realidad social les exigía respuestas con altura humana, respuestas entre veradas de principios y valores universalizables. Porque, sin pretensión de universalidad en valores y principios morales, ¿cómo dilucidar si es moralmente aceptable investigar con embriones, clonar seres humanos, permitir que los maridos maltraten a sus mujeres e hijos, dar por buena la discriminación por razón de recursos, de raza o sexo, exigir un desarrollo sostenible, tener en cuenta las generaciones futuras?

263

El universo de cuestiones que se abre ante los seres humanos en cada ámbito de la vida social es inmenso y las respuestas no pueden venir sólo del derecho, que exige largos y complejos procesos técnicos para positivarse, sino que deben venir también desde la moral y la ética. ¿Desde qué moral y desde qué teoría ética? Cortina no duda en responder: en lo que se refiere a la primera pregunta, desde una *moral cívica*, en lo que respecta a la segunda, desde una peculiar *ética del discurso*, peculiar porque tiene en cuenta la dimensión axiológica de la presunta racionalidad procedimental y porque propone, si no una teoría de la virtud, sí una antroponomía, pero también porque integra en su seno el haber de otras teorías éticas y reconoce ampliamente que en el momento de la fundamentación no sólo está presente la tradición lógica del reconocimiento (socrática), sino también la experiencial de la Alianza.

IV.- Semblanza de una ética cívica

Una comunidad ética toma como referencia última de sus actuaciones necesariamente principios morales universalistas y valores como la justicia, la libertad o la igualdad, que extenderíamos universalmente. Es cierto que cada comunidad política tiene sus usos y costumbres, su peculiar carácter (*éthos*), pero no lo es menos que hay principios y valores morales a los que apelan los distintos grupos en las sociedades situadas en el nivel moral postconvencional, al menos verbalmente.

Podría parecer que esta afirmación de principios y valores universalistas lleva a la intolerancia en materia moral, porque consiste en la imposición de unas determinadas convicciones morales al resto de ciudadanos, e incluso a los ciudadanos de culturas diferentes. Sin embargo, es todo lo contrario: una sociedad no puede ser pluralista y tolerante si no cuenta con algunos principios y valores morales que los distintos grupos sociales tienen por irrenunciables, entre ellos el valor de tolerar a quien piensa de forma diferente o, todavía más, el valor de respetarlo activamente.

Por eso importa aclarar este punto, apuntando tres formas en que una sociedad puede vivir los valores morales: *monismo moral*, *politeísmo moral* y *pluralismo moral*.

- 1) Que una sociedad es *moralmente monista* significa que tiene un código moral único, es decir, que todos los ciudadanos comparten la misma concepción moral, que tienen los mismos ideales de vida feliz y, por tanto, dan las mismas respuestas a los problemas morales que se les plantean. Estas sociedades son en realidad *oficialmente* monistas, al menos si se trata de sociedades modernas, porque resulta prácticamente imposible que todos los ciudadanos de una comunidad política compartan las mismas nociones de felicidad.
- 2) Al calificar a una sociedad de *moralmente politeísta*, Cortina toma la expresión de Max Weber, quien hablaba de “politeísmo axiológico” para describir uno de los resultados sociales a los que condujo el proceso de modernización sufrido por los países occidentales. El politeísmo axiológico consiste en creer que las cuestiones de valores morales son “muy subjetivas”, que en el ámbito de los valores cada persona elige una jerarquía de valores u otra, pero la elige por una especie de fe. En realidad, si tuviera que tratar de convencer a otra persona de la superioridad de la jerarquía de valores que ha elegido, sería incapaz de aportar argumentos para convencerla, por que tales argumentos no existen; por eso se produce en el terreno de los valores una especie de politeísmo: cada uno adora a su dios, acepta su jerarquía de valores, y es imposible en contrar razones que puedan llevarnos a encontrar un acuerdo argumentado, a un acuerdo intersubjetivo.

264

Ciertamente en las sociedades con democracia liberal está muy extendida la convicción de que las cuestiones morales son muy subjetivas y de que el pluralismo consiste en tolerar las opciones ajenas, aunque parezcan absolutamente descabelladas. Sin embargo, esto no sería pluralismo, sino politeísmo, y afortunadamente no es el modo de moral vigente en las sociedades con democracia liberal o, al menos, el modo vigente en la conciencia social de lo que debería ser.

- 3) El *pluralismo moral*, a diferencia del politeísmo, exige al menos un mínimo de coincidencia, no alcanzada a través de pactos o negociaciones, sino surgida desde dentro, por eso es incompatible con el subjetivismo moral. Pero

también es incompatible con el relativismo, ya que el relativismo supone que lo correcto o lo bueno dependen de las culturas o de los grupos, mientras que el pluralismo reconoce unos mínimos comunes, válidos para todos. Los valores que componen ese mínimo común conforman esa ética cívica que es la piedra angular para construir las diversas éticas profesionales, como también la ética de las instituciones y las organizaciones.

Esto no significa en modo alguno que las religiones se disuelvan en la moral cívica, y todavía menos las religiones reveladas (cristianismo, judaísmo, islam), pero cada religión lleva aparejada la orientación moral en unas formas de vida, con lo cual al pluralismo religioso acompaña un pluralismo moral. Habida cuenta de que al hablar de pluralismo religioso estamos teniendo en cuenta no sólo la diferencia entre religiones, sino también el agnosticismo y el ateísmo: se trata de que conviven grupos con distintas propuestas morales, algunas de las cuales les recurren expresamente a Dios, mientras otras no lo hacen. No hay ya, pues, un solo código moral, sino un pluralismo moral; pero pluralismo tampoco significa politeísmo moral o axiológico.

De todo ello se sigue que *la ética cívica* es el conjunto de valores y normas que comparten los miembros de una sociedad pluralista, sean cuales fueren sus concepciones de vida buena, sus proyectos de vida feliz.

Por eso la ética cívica es una ética de las personas en cuanto ciudadanas, es decir, en cuanto miembros de una *polis*, de una *civitas*, de un grupo social que no es exclusivamente religioso, ni exclusivamente familiar, ni tampoco estatal, sino que engloba las diversas dimensiones de las personas (religiosas, familiares, profesionales, vecinales, etc.), las aglutina y crea un lazo entre todos los que profesan distinta fe, pertenecen a distintas familias y culturas, desempeñan distintas profesiones, comparten el espacio con distintos vecinos, pero no puede pretender en modo alguno absorber todas esas dimensiones de la vida social. Conviene siempre recordar que la reducción de las dimensiones sociales, la reducción de la pluralidad, mata la vida.

265

V.- La ética de la sociedad civil

V.1.- Rasgos característicos¹³

- 1) La ética cívica es una *realidad social* y no una construcción filosófica. Forma parte de la vida cotidiana propia de una sociedad pluralista, porque consiste en el conjunto de valores y principios que ya comparten los grupos de esa sociedad que proponen modelos de vida buena.

¹³ Cortina, Adela, "Ética y política: moral cívica para una ciudadanía cosmopolita", en *Endoxa: Series Filosóficas*, n° 12, 2000, pp. 773-789.

- 2) Es el tipo de ética que *vincula a las personas en tanto que ciudadanas* y por eso únicamente puede tener implantación en países cuyos miembros son ciudadanos, y no súbditos ni vasallos.

Cortina parte de la distinción tradicional entre el hombre (*Mensch*) o la persona, y el ciudadano (*Bürger*), entendiendo que la felicidad es la meta de la persona y la justicia es la meta del ciudadano.

- 3) La ética cívica es *dinámica*. Es la *crystalización de los valores compartidos* por distintas propuestas de vida buena, lo cual significa que esos valores compartidos van descubriéndose progresivamente en el tiempo y cobrando mayor precisión.

Como ya dijimos, Cortina sugiere que el nombre más adecuado para las distintas ofertas de vida buena es el de éticas de máximos, puesto que cada una de ellas propone una jerarquización de bienes capaz de proporcionar una vida buena y ofrece además los fundamentos, las “premisas mayores” del razonamiento por el que se concluye que ésta es la mejor forma de vida. Por el contrario, propone llamar a la ética cívica “ética de mínimos”, porque se refiere a esos principios y valores compartidos por las éticas de máximos y por la cultura política propia de Estados de derecho, principios y valores que no pueden transgredirse sin caer bajo mínimos de justicia. No se trata con ello de distinguir entre maximalismo y minimalismo, sino de reconocer el hecho del pluralismo y sus características.

266

- 4) La ética cívica es, obviamente según Cortina, una *ética pública*, pero *también lo son las éticas de máximos*, porque *no hay ninguna ética privada* ni tampoco no-pública, sino que todas tienen vocación de publicidad, es decir, de darse a conocer al público a través de la opinión pública, con razones comprensibles y admisibles por todos los ciudadanos.

Esto significa que la diferencia entre ética cívica de mínimos y éticas de máximos no consiste en que la primera esté implantada en la esfera pública y las segundas en la privada, o en que la ética cívica exija razones públicas y las éticas de máximos exijan razones no públicas, sino en la *forma en la que obligan*: nos enseña Cortina que “el cumplimiento de la ética cívica puede exigirse moralmente a la sociedad, aunque no imponerse mediante sanción externa; las éticas de máximos, por su parte, no pueden ser objeto de exigencia en una sociedad, sino de invitación. Quienes están convencidos de que un modo de vida conduce a la felicidad tienen todo derecho, en una sociedad pluralista, a invitar a seguirlo, pero nunca a exigir su cumplimiento, ni menos aun imponerlo mediante sanción externa”.

Por tanto, el ámbito de la ética cívica es el de la justicia, que es un ámbito de *exigencia*, no sólo de *invitación* (éticas de máximos), pero tampoco es un ámbito de *imposición o coacción externa* (derecho).

- 5) La ética cívica es una *ética de los ciudadanos*, propia, por tanto, de los miembros de la sociedad civil, no una ética estatal.
- 6) La ética cívica es una *ética laica*, que no apuesta por ninguna confesión religiosa determinada, pero tampoco se propone arrasarlas. En efecto, una ética cívica que articule los principios y valores morales compartidos por las distintas éticas de máximos en sociedades pluralistas, *no puede ser una ética confesional-religiosa ni tampoco confesional-laicista*. Una *ética religiosa* es aquella que apela a Dios expresamente como una referencia indispensable para orientar nuestro hacer personal y comunitario, trátase de un Dios trascendente o immanente. Una *ética laicista*, por su parte, se sitúa de un modo explícito en las antípodas de la ética creyente y considera imprescindible para la realización de las personas, entre otras cosas, eliminar de su vida la referencia religiosa, extirpar la religión, porque ésta no puede ser — a su juicio — sino fuente de discriminación y de degradación moral.

En este sentido, Cortina explica que estas dos posiciones éticas, asumidas de una forma fundamentalista, acrítica, son intolerantes con quienes no comparten su determinada forma de concebir la vida buena. Tomadas como la ética propia de la comunidad política y la comunidad cívica, “privilegian unas propuestas de vida feliz frente a otras y, por lo tanto, constituyen una fuente de discriminación con respecto a los ciudadanos que no comparten la concepción ética oficialmente asumida.” Este modo de actuar genera la división inevitable entre ciudadanos de primera y ciudadanos de segunda e impide que se trate a todos ellos como personas libres e iguales. “Analizar cuáles deben ser las relaciones entre la ética laica y las éticas de máximos y cuál debe ser el procedimiento para sacar a la luz los mínimos compartidos es de la mayor urgencia, porque en ello nos jugamos buena parte del futuro de las sociedades pluralistas y del conjunto de la sociedad”¹⁴.

267

V.2.- “Ética de mínimos” y “éticas de máximos”: nombres para la vida cotidiana

“Articular de forma adecuada la ética cívica y las éticas que aventuran propuestas de felicidad, sea religiosas o no, es una de las tareas urgentes en las sociedades pluralistas, y un buen modo de empezar a pensar esa articulación consiste en

¹⁴ Éste último punto tenía un peso muy importante en la época en la historia del desarrollo de la ciudadanía española, fundamentalmente en lo que hace a la educación en valores. Un tema reservado tradicionalmente a la educación religiosa católica se transformó en España una disputa generalizada entre Estado, Iglesia y asociaciones de padres, con la introducción obligatoria en toda Europa de la asignatura Educación para Ciudadanía y, fundamentalmente, a partir de las exigencias planteadas en esta materia por las Unión Europea luego de los atentados terroristas de París de 2011.

ponerles nombre”. La denominación sugerida fue la de *ética de mínimos* para la ética cívica y *éticas de máximos* para las éticas que hacen propuestas de vida feliz.

Para Cortina, esta denominación guardaba relación con el modo de interpretar el fenómeno del pluralismo, “del que viene haciendo gala Rawls sobre todo desde *Liberalismo político* (1993)”, pero reflejaba de manera más acabada las diferencias entre la ética cívica y las demás éticas de una sociedad civil y política. Así lo explica Cortina: “Rawls habla de “concepción moral de la justicia para la estructura básica de la sociedad” para referirse a lo que yo denomino “ética de mínimos”, y de “doctrinas comprensivas del bien” para mencionar lo que yo denomino “éticas de máximos””. Como se observa, las expresiones “ética mínima” y “éticas de máximos” serían más adecuadas, en primer lugar, porque son expresiones utilizables en la *vida cotidiana*, y no sólo en el mundo filosófico. En segundo lugar, su fácil comprensión y utilización facilitaría que los ciudadanos los asumieran como parte irrenunciable de una sociedad pluralista, para que nunca puedan ser estafados por aquellos que tienen propensión y posibilidades de estafar a otros.

Ciertamente, entre las distintas concepciones de vida buena, de vida feliz, que conviven en una sociedad pluralista, se produce una suerte de intersección que compone los mínimos a los que nos hemos referido anteriormente. Es decir, todas esas cosmovisiones, todas esas concepciones del hombre como persona integral y de su realización en la vida social, sean filosóficas o religiosas, se solapan y de ese solapamiento surge una zona de intersección. Sin embargo, cada grupo puede fundamentar esos mínimos compartidos en premisas diferentes, propias de su concepción de vida buena, de su forma de entender cuál es el sentido de la vida.

268

A esas propuestas que intentan mostrar cómo ser feliz, cuál es el sentido de la vida y de la muerte le resulta adecuado a Cortina denominarles *éticas de máximos*, mientras que la *ética de mínimos* no se pronunciaría sobre cuestiones de felicidad y de sentido de la vida y de la muerte, sino sobre cuestiones de justicia, exigibles moralmente a todos los ciudadanos.

La ética civil contendría entonces aquellos elementos comunes de justicia por debajo de los cuales no puede caer una sociedad sin caer a la vez “bajo mínimos” de moralidad. La fórmula del pluralismo consiste entonces en compartir unos mínimos de justicia, progresivamente ampliables, en respetar activamente los máximos de felicidad y de sentido de la vida que no se comparten y en *promover* aquellos máximos de felicidad y sentido que sí se comparten. Ello no significa que los mínimos sean cosa del Estado, cosa de la comunidad política, y los máximos hayan de quedar en una presunta vida privada que compone el mundo de la sociedad civil. Apesadumbrada por lo que la realidad le transmite, Cortina reitera, entre líneas, el aprovechamiento y abuso que la debilidad formativa de la ciudadanía favorece: “Y es ésta, por desgracia, una forma de entender la relación entre mínimos y máximos que bien se han cuidado de extender no “aquellos a quienes corresponde”, sino “aquellos a quienes interesa”.

V.3.- Ética pública de mínimos y éticas públicas de máximos

De un tiempo a esta parte, sostiene Cortina, “se han puesto de moda estos a quienes, al parecer, interesa hablar de moral pública y moral privada, explicando la articulación que entre ellas debería existir de una forma u otra”.

Sea cual fuere esa forma de articulación, el primer problema que plantea un discurso semejante es el de que da a entender que en una sociedad pluralista conviven dos tipos de ética: una *ética estatal*, una ética política que legitima las instituciones democráticas y pugna por plasmarse en las “leyes jurídicas”, positivándose en ellas, y un conjunto de *morales privadas* que son las no-estatales, las no-políticas.

A estas últimas se les permite sobrevivir y convivir; pero no presentarse en público, porque *lo público* se identifica con *lo estatal* y lo político, con el terreno de la coacción, la universalidad y la exigencia. Por lo tanto, las morales no sostenidas por el Estado como suyas deberían quedar relegadas a la vida privada. Sin embargo, esta terminología es incorrecta, y de ella se sigue una conclusión a su vez incorrecta: que en una sociedad pluralista resulta indispensable una *ética público-estatal*, exigible a todos los ciudadanos, y, por otra parte, se permite la supervivencia de un conjunto de *morales privadas*, que no deben presentarse en público. Tal conclusión, sumamente frecuente, es falsa.

En primer lugar, porque la *ética cívica* es pública, obviamente, y el Estado debe respetarla y encarnarla, ya que es la propia de los ciudadanos y legitima las instituciones políticas. Pero del hecho de que tenga que respetarla y encarnarla no se sigue en modo alguno que sea una ética del Estado. Es más bien, como hemos dicho, una *ética de los ciudadanos*, una ética cívica, pero no estatal.

Y en lo que respecta al segundo miembro de la disyunción, no puede decirse que hay morales privadas, sino que *toda moral es pública* en la medida en que todas tienen vocación de publicidad, vocación de presentarse en público. Lo cual no significa que tengan vocación de estatalidad, como, por otra parte, tampoco la tiene la ética cívica. Las éticas de máximos, que es a las que suele considerarse “morales privadas”, precisamente por ser propuestas de felicidad para cualquier persona, tienen vocación de publicidad, aunque no de estatalidad. Lo cual significa que han de poder manifestarse en público y, por con siguiente, que toda moral es pública y no hay morales privadas.

Conviene, pues, olvidar la errónea distinción entre moral pública y morales privadas, y sustituirla por la distinción más ajustada a la realidad entre una *ética pública cívica común de mínimos* y *éticas públicas de máximos*. Públicas, por tanto, una y otras; ninguna de ellas estatal, y comprometidas ambas en la tarea de construir una sociedad mejor. ¿Qué relación puede existir entre ellas, cómo pueden conjugar sus fuerzas para conformar una sociedad más justa y feliz?

VI.- Cuatro modelos de fundamentación ética

En efecto, la tarea de la filosofía en relación con la ética cívica consiste, en principio, en tratar de descubrir su contenido en las distintas esferas de la vida social y, en segundo lugar, en dilucidar si vivir según ellos puede *exigirse*, si la ética cívica tiene fuerza normativa. Porque si únicamente ocurre que las sociedades occidentales han ido llegando históricamente a coincidencias éticas, sólo puede pedirse a los ciudadanos que simulen valorarlas positivamente dentro de una cultura de lo éticamente correcto. Sólo si la razón ha ido configurando históricamente esas normas tiene sentido hablar de *obligatoriedad*. Importa, pues, remitir a un *núcleo racional*, que no obligue sólo de forma hipotética ni sea el resultado de una convención, y cuya reconstrucción es, sin duda, tarea de la filosofía moral.

Cortina distinguía cuatro modelos que se presentaban para realizar esta tarea: el *hermenéutico-coherencial*, que utiliza el modelo jurídico *contractual* como recurso para dar fuerza obligatoria a los contenidos morales; el *socio-histórico y pragmático*, al que recurre un amplio sector del *comunitarismo*; el *pragmático trascendental* (Apel) o *pragmático universal* (Habermas), que reconstruye un paradigma social *dialógico*; pero como en su actual factura resulta insuficiente para fundamentar una ética cívica, precisaría ser complementado en un cuarto modelo, todavía sin nombre, el modelo de Cortina.

270

- 1) El *modelo hermenéutico-coherencial*, propio del constructivismo político, trata de comprender mejor el *faktum* de la cultura política de las sociedades con pluralismo razonable, mediante conceptos, como persona moral, sociedad bien ordenada y posición original (*momento hermenéutico*), y desde esta comprensión intenta construir los principios de la justicia contando con el procedimiento del equilibrio reflexivo (*momento coherencial*). Ante un proceder semejante conviene decir que la renuncia al constructivismo moral puede tener sus ventajas políticas, pero imposibilita fundamentar la obligación moral: sólo los ciudadanos que *de facto* tengan un sentido de lo razonable estarán dispuestos a asumir virtudes políticas, como la tolerancia, el respeto mutuo, la civilidad, el sentido de la equidad o la cooperación social equitativa.

Por otra parte, el *paradigma contractual*, que funciona como recurso para comprender mejor la cultura política, es, en sus distintas versiones, un modelo de *derecho privado*, traspasado al ámbito político, en el que puede diseñar la figura del *Leviatán*, democratizarse en “ciudadanos libres e iguales”, o intentar elaborar unas normas “por acuerdo”, pero carece de fuerza exigitiva para fundamentar el tipo de obligación moral que requiere una ética cívica. El *interés egoísta* como base del contrato (*Leviatán*) o ese mismo interés, atemperado por la razonabilidad, es impotente para obligar a quienes

deseen beneficiarse de las ventajas del Estado de Derecho sin pagar peaje. Comprender mejor la cultura política democrática a la que se ha accedido históricamente y el sentido de la justicia inserto en ella no obliga moralmente a quienes no se sientan moralmente implicados. La figura del *free rider* es inevitable, pero también la del ciudadano consciente de que puede ser obligado a cumplir mandatos jurídicos, pero no se siente afectado por obligaciones morales.

- 2) En el contexto *comunitarista* existe una marcada tendencia a adoptar, como *método de investigación*, un método socio-histórico o de «interpretación crítica» (Walzer), o bien pragmático (Etzioni) o bien político (Barber), en vez de “salir de la caverna” a contemplar el mundo de las ideas, lo cual resta fuerza obligatoria para quienes no se sientan a gusto en la caverna. Por otra parte, el pensamiento comunitario encuentra serias dificultades al intentar justificar ese núcleo de «*Moralitdt*», de pretensión de universalidad que se contiene en la ética cívica. Porque no se trata sólo de que en determinados países los contenidos éticos de la ética cívica formen parte del *ethos* de esa sociedad, sino que esos valores y principios pretenden valer universalmente, pretenden traspasar los contextos concretos de acción. Lo cual es, sin lugar a dudas, una puerta abierta al cosmopolitismo.
- 3) El *modelo de la pragmática trascendental o universal* está capacitado para fundamentar el carácter de *obligación* de la ética cívica puesto que reconstruye las *condiciones irrebasables* de la acción comunicativa y, por lo tanto, accede al nivel de las exigencias racionales. Por otra parte, su reconstrucción, propia de una hermenéutica crítica, permite reconocer el carácter dialógico de la razón, a través de la categoría de reconocimiento recíproco, al que se *obliga* cualquier ser dotado de competencia comunicativa, no sólo para coordinar comunicativamente sus acciones, sino también para dilucidar si una norma de acción es vigente o válida. Por otra parte, el modelo social del que da razón este tipo de reconstrucción pragmática y hermenéutica es el de comunidades políticas, dotadas de una ética cívica que, no por pertenecer al *ethos* concreto deja de pretender universalidad. La ética cívica se configura con razones.
- 4) Sin embargo, la ética del discurso, por su pretensión de ser “axiológicamente neutral” y de limitarse a los procedimientos racionales para la justificación de normas, ha caído en un procedimentalismo escueto, que corre el peligro de perder las dimensiones de lo moral que le confieren fuerza motivadora, y no sólo obligatoriedad racional. Por eso importa ir extrayendo los elementos axiológicos y aretológicos, que están implícitos en los procedimientos, si es que la ética discursiva desea, no sólo *fundamentar* la ética cívica, sino prestar *motivaciones* para la obligación moral.

En este sentido podríamos ir extrayendo los siguientes: la *libertad*, entendida como *autonomía* de los hablantes, que no es sólo pragmática (capacidad de elevar pretensiones de validez y de aceptarlas o rechazarlas), sino también moral (capacidad de orientarse por intereses universalizables); la libertad, entendida como *participación* en las distintas esferas en las que se toman decisiones que afectan a una persona; el reconocimiento de que un hablante competente es *una persona* y debe ser tenida en cuenta en cuantas decisiones le afecten; el *imperativo* de la *no instrumentalización recíproca*, como condición necesaria para llegar a tener conciencia de lo justo y lo injusto; la *igualdad* de condiciones del diálogo, que exige la igualación material y cultural de los interlocutores virtuales y actuales, ya que, en caso contrario, es imposible cualquier pretensión de aproximación a la simetría; la *solidaridad* con las redes sociales que hacen posible la supervivencia de los pronombres personales; el reconocimiento del valor de la *comunidad* de pertenencia pero, a su vez, de una comunidad de hablantes universal. Desde esta perspectiva pueden *exigirse, aunque no imponerse* mediante coacción externa los contenidos de una ética cívica que tiene su fundamento, no en el consenso fáctico, sino en la exigencia racional del reconocimiento recíproco.

VII.- Consideraciones finales

272

Dejo aquí a Adela Cortina. Como expresé al inicio, filosóficamente podemos estar o nó de acuerdo con su teoría objetiva de los valores, así como de la de la escuela que la precede, en su vertiente española y alemana. El pragmatismo de John Dewey y, más cercano a esta época, la crítica de Richard Rorty al objetivismo de Habermas, contienen varios puntos interesantes y dignos de ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la posibilidad de universalizar un cuerpo de valores teniendo como mira el fortalecimiento de la democracia. Estos debates, incluso, han marcado parte de la historia de la enseñanza de la filosofía en las últimas décadas tanto en los Estados Unidos como en Europa. En este trabajo he preferido destacar -rescatar- una de las visiones de este binomio siempre en pugna, porque presenta varios elementos -justicia como valor, cultura de paz, educación en ciudadanía, cierta formación del carácter-, que pueden servirnos a los argentinos para redescubrir una ética de comunes denominadores cívicos que, entiendo: se encuentra establecida en nuestra Constitución y normativa de mismo rango; determinaría el rol que nos corresponde como ciudadanos; no estaríamos observando (o cumpliendo).

Esto último será materia de un próximo trabajo. Posiblemente, la misma situación se repita en otros países de Latinoamérica, en varias repúblicas. La lucha por la conquista de derechos fue debilitando la función que a la ciudadanía le corresponde como parte fundamental del sistema político: deberes u oficios, en palabras de Cicerón. Los ciudadanos van perdiendo sus atributos y las repúblicas que conocíamos, de a poco, sin necesidad de golpes de Estado tradicionales, van dejando de serlo.

Por ahora, cabe destacar el aporte que Adela Cortina ha realizado en el ámbito de la construcción de ciudadanía, la educación en valores y la ética aplicada, y, por sobre todo, por sobre todo, su mensaje de apertura, pluralismo, diálogo y cultura de paz.

VIII.- Bibliografía

Cortina, Adela, *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, Barcelona, Paidós, 2021.

_____, *Aporofobia: el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Barcelona, Paidós, 2017.

_____, “La conciencia moral desde una perspectiva neuroética. De Darwin a Kant”, en *Pensamiento*, n° 72 (273), 2016.

_____, *¿Para qué sirve realmente...? La Ética*, Barcelona, Espasa, 2013.

_____, “Ética y política: moral cívica para una ciudadanía cosmopolita”, en *Endoxa: Series Filosóficas*, n° 12, 2000, pp. 773-789.

_____, *El mundo de los valores. Ética y educación*, Santa Fe de Bogotá, Editorial El Búho, 1997.

Farrell, Martín, *Filosofía moral, política y del derecho*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2019.

_____, *Enseñando Ética*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2015.

Gomá, Javier, *Ejemplaridad pública*. Madrid: Santillana, 2009.

Ignatieff, Michael, *Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido*, Barcelona, Taurus, 2018.

Innerarity, Daniel, *Comprender la Democracia*, Barcelona, Gedisa, 2018.

Ortega y Gasset, José, *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?* (1947), Madrid, Encuentro, 2004.

Savater, Fernando, *Defensa de la Ciudadanía*, Barcelona, Planeta, 2014.

Reseñas

Reseña normativa

Janice Balanian

Durante el primer semestre del 2021 el Congreso Nacional mantuvo una productividad legislativa considerable si se toman en cuenta un conjunto de indicadores, entre ellos: la ausencia de mayorías parlamentarias, la cercanía de las elecciones de medio término y la continuidad de la pandemia del Covid-19.

Hasta el receso parlamentario de julio – agosto se aprobaron veintiocho leyes. La mayoría de carácter económico e impositivo, pero también es posible identificar una tendencia legislativa en materia de género.

A continuación enumeraremos las normas sancionadas y nos referiremos sucintamente a algunas de ellas:

- Ley 27.640 – Marco regulatorio de los biocombustibles
- Ley 27.639 – Programa de fortalecimiento y alivio fiscal para pequeños contribuyentes
- Ley 27.638 – Medidas relativas al Impuesto a las Ganancias e Impuesto sobre los Bienes Personales
- Ley 27.637 – Ampliación del Régimen de Zona Fría
- Ley 27.636 – Promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero
- Ley 27.635 – Equidad en la representación de los géneros en los servicios de comunicación de la República Argentina
- Ley 27.634 – Aprobación del Consenso Fiscal 2020
- Ley 27.633 – Aprobación del convenio de reconocimiento de certificados de estudios entre Argentina y los Estados Unidos Mexicanos
- Ley 27.632 – Aprobación del convenio de reconocimiento y convalidación provisoria de títulos universitarios entre Argentina y República Dominicana
- Ley 27.631 – Modificación de las fechas de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) y elecciones generales por única vez en contexto de pandemia por Covid-19
- Ley 27.630 – Modificación del Impuesto a las Ganancias para sociedades
- Ley 27.629 – Fortalecimiento del sistema nacional de bomberos voluntarios
- Ley 27.628 – Día del electrodependiente por cuestiones de salud
- Ley 27.627 – Transferencia de bienes del Estado

- Ley 27.626 – Transferencia de bienes del Estado
- Ley 27.625 – Transferencia de bienes del Estado
- Ley 27.624 – Transferencia de bienes del Estado
- Ley 27.623 – Transferencia de bienes del Estado
- Ley 27.622 – Suspensión de las causas de caducidad de la personalidad política de los partidos en el marco de la pandemia
- Ley 27.621 – Implementación de la educación ambiental integral en la República Argentina
- Ley 27.620 – Día del desagravio al pueblo tucumano por el cierre masivo de ingenios azucareros pergeñado por la dictadura militar de 1966
- Ley 27.619 – Modificación del régimen de dopaje en el deporte
- Ley 27.618 – Sostenimiento e inclusión fiscal para pequeños contribuyentes
- Ley 27.617 – Modificación del Impuesto a las Ganancias sobre deducciones
- Ley 27.616 – Declaración de zona de desastre a localidades de Chubut y Río Negro por los incendios forestales
- Ley 27.615 – Beneficio extraordinario de carácter económico para familiares de tripulantes del Submarino ARA San Juan
- Ley 27.614 – Financiamiento progresivo de la ciencia y tecnología
- Ley 27.613 – Promoción de las inversiones en la construcción de obras privadas nuevas

Ley 27.640

Marco regulatorio de los biocombustibles

En el mes de julio el Congreso Nacional aprobó un nuevo marco regulatorio para la industria de los biocombustibles. Tiempo atrás, en octubre de 2020, el Senado había votado por unanimidad la prórroga del régimen de promoción vigente hasta el 2024 (Ley 26.093). Sin embargo, el jefe de la bancada oficialista en la Cámara baja, Máximo Kirchner, impulsó un proyecto distinto que terminó convirtiéndose en ley.

El nuevo marco regulatorio, que alcanza a las actividades de elaboración, almacenaje, comercialización y mezcla de biocombustibles (bioetanol y biodiésel), tendrá vigencia hasta el 31 de diciembre del 2030. No obstante, el Poder Ejecutivo podrá extender dicho plazo por 5 años.

Uno de los puntos fundamentales de la ley es la determinación de nuevos porcentajes de cortes obligatorios en los combustibles. En el caso de la nafta pauta un mínimo obligatorio de 12% con el aporte en partes iguales de bioetanol elaborado a base de caña de azúcar y a base de maíz, aunque se permite una eventual reducción al 3% de este último¹. Para el gasoil el corte mínimo del biodiésel es del 5%, con

¹ La autoridad de aplicación podrá reducir el porcentaje al 3% cuando el incremento de los

una eventual reducción al 3%².

La Secretaría de Energía, en tanto autoridad de aplicación, podrá realizar auditorías e inspecciones, aplicar las sanciones previstas por la ley, modificar los porcentajes de mezcla obligatoria de los biocombustibles con gasoil y/o nafta, determinar los precios a los cuales deberá llevarse a cabo la comercialización de los biocombustibles destinados a la mezcla, entre otras atribuciones.

Por otro lado, arbitrará los medios necesarios para sustituir la importación de combustibles fósiles con biocombustibles, con el objetivo de evitar la salida de divisas y promover inversiones para la industrialización de materia prima nacional. Para ello, la Secretaría asignará los volúmenes de biocombustibles destinados a la sustitución de importaciones, establecerá requisitos y condiciones de comercialización para estos volúmenes, impulsará acuerdos de abastecimiento y podrá determinar porcentajes de mezcla diferentes.

En materia impositiva, la ley establece que el biodiésel y el bioetanol no estarán gravados por el Impuesto a los Combustibles Líquidos (ICL) y por el Impuesto al Dióxido de Carbono (ICO₂). En el caso de la mezcla con combustibles fósiles, el gravamen recaerá solo por el componente del combustible fósil. No obstante, dicho régimen corresponderá siempre y cuando las materias primas utilizadas sean de origen nacional.

Finalmente, la norma contempla la creación de una Comisión de Biocombustibles, que contará con la participación de organismos nacionales³ y de un Consejo de Provincias Productoras, con el objetivo de estudiar y analizar las posibilidades de desarrollo del sector.

279

Ley 27.636

Promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero

La llamada “Ley de cupo laboral travesti-trans” establece que las personas travestis, transexuales y transgénero⁴, que reúnan las condiciones de idoneidad,

precios de los insumos básicos para la elaboración de bioetanol a base de maíz pudiera distorsionar el precio del combustible fósil en surtidor y/o ante situaciones de escasez de bioetanol a base de maíz por parte de las empresas elaboradoras.

² La autoridad de aplicación podrá reducir el porcentaje al 3% cuando el incremento de los precios de los insumos básicos para la elaboración del biodiésel pudiera distorsionar el precio del combustible fósil en el surtidor o ante situaciones de escasez de biodiésel por parte de las empresas elaboradoras.

³ Los organismos nacionales son los ministerios de Economía; Ciencia y Tecnología; Desarrollo Productivo; Ambiente; Agricultura y la Secretaría de Energía.

⁴ La norma aplica a las personas travestis, transexuales y transgénero. Es decir, a aquellas personas que se autoperceben con una identidad de género que no corresponde con el sexo asignado al nacer, independientemente de que hayan o no efectuado la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen.

deberán ocupar cargos en el sector público nacional⁵ en una proporción no inferior al 1% del total de los cargos. Este porcentaje se aplicará a todas las modalidades de contratación vigentes.

Para la selección de personal la norma crea el Registro de Personas Travestis, Transexuales o Transgénero aspirantes a ingresar a trabajar en el sector público nacional. Un procedimiento aleatorio arrojará tres perfiles por puesto de trabajo solicitado. Sin embargo, cualquier persona podrá ser contratada esté o no inscrita en el Registro.

Asimismo, la ley determina que quienes no hayan completado la educación secundaria podrán ingresar a trabajar con la condición de finalizar sus estudios. Mientras tanto, está prohibida la valoración de antecedentes contravencionales para el ingreso y permanencia en el empleo. Tampoco deberán considerarse los antecedentes penales que resulten irrelevantes para el acceso al puesto laboral.

Con relación al sector privado se prevén dos tipos de incentivos para el empleo de personas travestis, transexuales y transgénero. Por un lado, la prioridad en la contratación del Estado para aquellas empresas que incluyan en su planta a las personas beneficiarias de la ley. Por el otro, la posibilidad de tomar como pago a cuenta de impuestos nacionales a las contribuciones patronales que se generan por su contratación⁶.

Finalmente, la norma dispone que el Banco de la Nación Argentina deberá promover líneas de crédito con tasa preferencial para el financiamiento de emprendimientos productivos, comerciales y/o servicios destinados específicamente al colectivo travesti, transexual y transgénero.

280

Leyes 27.617, 27.618, 27.630 y 27.638 Modificaciones impositivas

Durante el periodo parlamentario en curso se aprobaron modificaciones al Impuesto a las Ganancias, al Impuesto sobre los Bienes Personales y al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (Monotributo).

a. Impuesto a las Ganancias e Impuesto sobre los Bienes Personales

La Ley 27.617 de modificación del Impuesto a las Ganancias eleva el mínimo no imponible para los trabajadores en relación de dependencia a \$150.000 mensuales. En el caso de los retirados, jubilados y pensionados el mínimo no imponible será de

⁵ En el sector público nacional quedan comprendidos los tres poderes que integran el Estado nacional, los Ministerios Públicos, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales y las empresas y sociedades del Estado.

⁶ Este beneficio tiene una vigencia de doce meses corridos desde la celebración del contrato de trabajo. En el caso de las micro, pequeñas y medianas empresas el plazo se extiende veinticuatro meses.

8 haberes mínimos garantizados. Además, excluye del cálculo al pago del aguinaldo, exime al personal de salud de pagar el impuesto por horas extras o guardias hasta septiembre 2021, elimina el tope de edad para deducir del impuesto a los hijos por discapacidad y permite la deducción por pareja conviviente.

Mientras tanto, en junio se aprobó la Ley 27.630 que modifica al Impuesto a las Ganancias para sociedades. La norma establece una estructura de alícuotas marginales escalonadas con tres segmentos en función del nivel de ganancia neta imponible acumulada⁷. En todos los casos, los dividendos distribuidos pagarán la alícuota del 7%. También incluye incentivos fiscales para la incorporación de mujeres y personas travestis, transexuales y transgénero como directores y síndicos de las empresas.

Finalmente, la Ley 27.638 de Medidas relativas al Impuesto a las Ganancias e Impuesto sobre los Bienes Personales incorpora cambios al tratamiento fiscal de determinados instrumentos financieros con el objetivo de promover las inversiones en pesos. En concreto, exime del Impuesto a las Ganancias a los intereses por la colocación de capital en instrumentos emitidos en moneda nacional destinados a fomentar la inversión productiva y del Impuesto sobre los Bienes Personales a las obligaciones negociables emitidas en moneda nacional, los instrumentos emitidos en moneda nacional destinados a fomentar la inversión productiva y las participaciones en fondos comunes de inversión y fideicomisos financieros.

281

b. Pequeños contribuyentes

En abril se aprobó la Ley 27.618 que crea el Régimen de Sostenimiento e Inclusión Fiscal para pequeños contribuyentes. La norma actualiza las categorías del monotributo para el año 2021 y establece un régimen de transición entre éste y el Régimen General (autónomos). Sin embargo, pocos meses después, y para saldar una serie de inconvenientes técnicos⁸, el Congreso sancionó la Ley 27.639 que crea el Programa de Fortalecimiento y Alivio Fiscal para pequeños contribuyentes.

En líneas generales la norma retrotrae los valores mensuales de las cuotas correspondientes a enero – junio 2021 a los vigentes a diciembre de 2020 para cada una de las categorías. A su vez, actualiza las escalas mediante un esquema excepcional, que estará vigente entre agosto de 2021 y enero de 2021, y establece una moratoria para regularizar deudas de obligaciones vencidas hasta el 30 de junio del año en curso.

⁷ Las empresas pagarán una alícuota del 25% sobre ganancias de hasta \$5.000.000; del 30% sobre ganancias de entre \$5.000.000 y \$50.000.000; y finalmente, del 35% sobre ganancias superiores a \$50.000.000.

⁸ En tanto estaba pendiente la discusión de una reforma normativa, en enero la AFIP no permitió la recategorización de los monotributistas. Seis meses después, tras la aprobación de la Ley 27.618, realizó una reubicación de oficio retroactiva y aplicó un reajuste del 35%. En consecuencia, los contribuyentes acumularon deudas.

Ley 27.614

Financiamiento progresivo de la ciencia y tecnología

La Ley 27.614 fija un incremento progresivo y sostenido del presupuesto nacional destinado a ciencia y técnica. Para el 2032, este segmento deberá representar -como mínimo- un 1% del Producto Bruto Interno (PBI). También determina que la asignación de recursos nunca podrá ser inferior, en términos absolutos, a la del presupuesto del año anterior.

En la misma línea, la norma postula una serie de objetivos que deberá perseguir el incremento presupuestario, estos son: promover la federalización del sistema científico y tecnológico, desarrollar y diversificar la matriz productiva, generar nuevos empleos de calidad a través de la transferencia de tecnología y la incorporación de personal científico y tecnológico, entre otros.

Con relación al primer punto (promover la federalización del sistema de ciencia y tecnología), la ley determina que la distribución de los fondos deberá seguir un criterio federal y promover el crecimiento de los sistemas científicos y tecnológicos provinciales. En efecto, determina que un 20% del incremento anual en el presupuesto debe distribuirse en el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y aplicarse a proyectos que promuevan un desarrollo regional armónico.

282

Finalmente, la ley establece que cualquier modificación de la función ciencia y técnica deberá estar acompañada de una propuesta presupuestaria que garantice la inversión del Estado.

Ley 27.613

Promoción de las inversiones en la construcción de obras privadas nuevas

A comienzos de este año, en el marco del periodo extraordinario de sesiones, el Congreso aprobó la Ley 27.613 con el objetivo de promover inversiones en la construcción. A tales efectos ofrece incentivos fiscales dirigidos a los nuevos proyectos inmobiliarios⁹ y la posibilidad de normalizar la tenencia en moneda nacional y/o extranjera (lo que se conoce como “blanqueo”).

El régimen de incentivos fiscales incluye beneficios para el inversor y para el titular que transfiera inmuebles para construir. Para el primero, prevé una eximición

⁹ Se entiende por proyectos inmobiliarios a las obras privadas nuevas (construcciones, ampliaciones, instalaciones, etc.) que se inicien a partir de la entrada en vigor de la ley o que tengan un grado de avance inferior al 50% de la finalización.

del Impuesto sobre los Bienes Personales hasta el 31 de diciembre de 2022¹⁰ y la posibilidad de computar como pago a cuenta el 1% del valor de las inversiones en proyectos inmobiliarios. Mientras tanto, el titular del inmueble gozará del diferimiento del pago del Impuesto a la Transferencia de Inmuebles (ITI) o del Impuesto a las Ganancias según corresponda.

Respecto al llamado “blanqueo”, la norma admite la declaración voluntaria de la tenencia en moneda nacional y/o extranjera¹¹ en el país o en el exterior, siempre que se destine a la construcción. Los fondos deberán depositarse en una Cuenta Especial de Depósito y Cancelación para la Construcción Argentina y podrán ser aplicados a la compra de títulos públicos nacionales para ser invertidos inmediatamente en el desarrollo de proyectos inmobiliarios en Argentina.

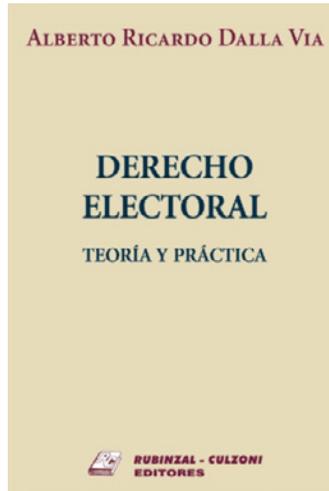
Los fondos declarados estarán gravados por un impuesto que se regirá por diferentes alícuotas: 5% para los fondos ingresados desde la vigencia de la ley hasta 60 días corridos, %10 durante el siguiente mes, y 20% el último mes. A su vez, no estarán sujetos a la presunción sobre incrementos patrimoniales no justificados, quedarán liberados de toda acción judicial que pudiera corresponder y eximidos del pago de impuestos que hubieran omitido declarar.

Por último, la ley determina que el “blanqueo” estará alcanzado por el secreto fiscal. Los magistrados, funcionarios y empleados públicos deberán mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones. Si divulgan información relacionada con las declaraciones voluntarias serán castigados por la pena prevista por el artículo 157 del Código Penal. Los periodistas y comunicadores sociales están expresamente exceptuados, siempre que invoquen motivos de interés público al difundir información sobre la normalización de tenencias de moneda.

¹⁰ El pago del impuesto de suspende desde el periodo fiscal en que se efectivice a inversión y hasta la finalización del proyecto inmobiliario. El plazo máximo es de dos periodos fiscales.

¹¹ La valuación de la moneda extranjera se regirá por el tipo de cambio comprador del Banco de la Nación Argentina que corresponda a la fecha de ingreso a la cuenta especial.

Reseña bibliográfica



**DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Derecho Electoral. Teoría y Práctica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021, 472 páginas.
Reseña de María Alejandra Perícola.**

Las dos palabras que acompañan el título del libro -*Teoría y Práctica*- explican su contenido y enfoque. El Derecho Electoral se aborda tanto desde la teoría, que significa abarcar los conceptos y principios; y, al mismo tiempo, desde la práctica, que se refleja a través de la jurisprudencia. Por ello, teoría y práctica aparecen a lo largo de la obra con la finalidad de mostrar el Derecho Electoral en su complejidad, aunque con una redacción accesible y comprensible para quienes de una u otra manera estudian, emplean y se interesan en las normas y procesos electorales.

* Abogada. Licenciada en Ciencia Política. Máster en Derecho Electoral. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es Profesora de Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" en el que actualmente dirige el Seminario de Investigación sobre "Participación política inclusiva" y Directora Académica del Observatorio de Derecho Electoral.

Se trata de “un libro de un profesor y un juez” que ha interpretado y aplicado los principios del Derecho Constitucional a la realidad política argentina.

Y esta apreciación se corrobora cuando se considera la trayectoria del autor. Alberto Ricardo Dalla Via es abogado por la Universidad de Buenos Aires, con dos doctorados: en Derecho Constitucional (Facultad de Derecho) y en Ciencia Política (Facultad de Ciencias Sociales). Diplomado en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; en Derechos Humanos en la Universidad Complutense y en la Sociedad de Estudios Internacionales de España. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es Profesor Titular de Derecho Constitucional, Director de la Comisión de Doctorado y de la Maestría en Magistratura. Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Juez de la Cámara Nacional Electoral. Premio Provincias Unidas Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 2018; Premio Konex 2008, en la categoría Jueces de la última década y Premio Konex 2016 en Derecho Constitucional; *Accésit* al premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires 2002 y Premio Anual Universidad de Belgrano 2003. Director Honorario del Instituto de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina. Consejero Titular del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI). Autor de más de veinte libros y de más de doscientos artículos publicados en temas de Derecho Constitucional y Ciencia Política.

286

La obra *Derecho Electoral. Teoría y Práctica* se divide en cinco capítulos en los que se analizan los principios y reglas del Derecho Electoral y un capítulo final dedicado a las elecciones en contexto de pandemia, que no ha sido numerado “esperando que sea de duración transitoria”.

En el Capítulo Primero titulado “El Derecho Electoral”, el autor desarrolla las variadas definiciones del Derecho Electoral en la doctrina y jurisprudencia argentina y justifica la concepción del Derecho Electoral como una rama del Derecho Constitucional.

En el entendimiento de que el Derecho Electoral “conformaría el marco de reglas de juego dentro del cual se desenvuelve la faz *arquitectónica* de la política”, analiza las denominadas “cuestiones políticas”. Luego, al referirse a la reforma constitucional de 1994, analiza las nuevas reglas electorales establecidas respecto del sistema de elección presidencial y de las/os senadoras/es nacionales. Continúa con el desarrollo de la “tesis de la unidad de los derechos humanos” y se detiene en el estudio de los “derechos humanos de participación política”. Analiza la inclusión en el texto constitucional del artículo 36 que dispone el principio de “defensa de la democracia”. Las proscripciones políticas durante los gobiernos de facto y en

algunos supuestos gobiernos de jure y, el análisis de los “partidos antisistema” que pretenden destruir las reglas del juego democrático.

Luego, se concentra en la incorporación de las formas de democracia semidirecta en los artículos 39 y 40 de la Constitución Nacional que amplían los márgenes participativos de la democracia representativa, y resalta que “en el ámbito jurídico latinoamericano, la representación política es el piso mínimo, y la participación política el techo a alcanzar, conforme lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Asimismo, señala los avances en materia de participación electoral en Argentina con relación a las mujeres (desde la ley de cupo femenino hasta la ley de paridad de género); el reconocimiento del derecho de sufragio activo de las personas privadas de libertad sin condena y el avance jurisprudencial respecto de los derechos políticos en la faz activa de las personas privadas de libertad con condena firme; la ampliación de la participación de los jóvenes a partir de los 16 años, de las personas incapaces y de las comunidades indígenas a través de programas especiales desarrollados por la Justicia Nacional Electoral. Además, se indica el acrecentamiento de la participación ciudadana mediante el control del financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales, la presentación de *amicus curiae*, el Acompañamiento Cívico y el Registro de Autoridades de Mesa.

Hacia el final del capítulo abarca el estudio de los “principios” en materia electoral que emanan del propio texto constitucional: la forma de gobierno representativa y republicana (art. 1); la idoneidad en el acceso a los cargos públicos (art. 16); el principio de soberanía del pueblo (art. 33); la defensa de la democracia (art. 36); la libertad de elegir, el derecho al sufragio universal, secreto y obligatorio conjuntamente con la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios (art. 37); la consideración de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (art. 38). Por último, denota la importancia de comprender el debate y las investigaciones académicas sobre el concepto de “integridad electoral” y su correlato negativo “mala práctica electoral”.

El Capítulo Segundo trata sobre “La organización electoral”, es decir, “los mecanismos institucionales creados por un Estado para asegurar el normal ejercicio de los derechos políticos y electorales”. Así, realiza una detallada descripción de la composición y funciones de la Justicia Nacional Electoral y continúa con la “materia electoral”, definiéndola como “el contenido de fondo, sobre el cual actúan y deciden los organismos y tribunales destinados a asegurar la transparencia del sufragio y el ejercicio de los derechos políticos”. En el marco de la transparencia electoral, reseña los avances en torno al control del financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales.

En cuanto al “federalismo electoral” que surge de las competencias propias de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas; y elegir sus gobernadores/as o el/la jefe/a de

gobierno, legisladores/as y demás funcionarios/as, nuestro autor sostiene la necesidad de coordinar los aspectos que surgen de estas competencias con el estándar mínimo en materia de derechos políticos al que tiene derecho todo ciudadano/a argentino/a. Y, al mismo tiempo, señala la diversidad de modelos relativos a la organización y a la Justicia Electoral en los distritos electorales de nuestro país, para luego referirse a los modelos que ofrece el Derecho Comparado latinoamericano.

El apartado 6. del capítulo presenta un exhaustivo estudio que establece la distinción entre “ciudadanía” y “nacionalidad”. Continúa con el estudio de las particularidades de “Los tribunales y organismos electorales regionales”, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión de Venecia. Y, dentro de la cooperación internacional, destaca el tema de la “observación electoral” internacional.

Respecto de las “reformas electorales” en Argentina, refiere la necesidad estudiar adecuaciones normativas a fin de fortalecer a la Justicia Nacional Electoral y la calidad y transparencia de los procesos electorales. Entre ellas, alude al instrumento de votación y la opción por la boleta única de papel, la simultaneidad de elecciones, la previsión presupuestaria en la órbita del Poder Judicial para los procesos electorales, la publicidad de los actos de gobierno, la publicidad anticipada y el recuento provisional de resultados. Y concluye mencionando las “nuevas tecnologías” que la Cámara Nacional Electoral ha incorporado con el objetivo de promover la transparencia, el acceso a la información y la participación de la ciudadanía: el sistema de identificación electoral biométrica; el sistema de presentación de las candidaturas; el sistema de trazabilidad y monitoreo del proceso electoral; la consulta en Internet de los padrones provisorios y definitivos, sobre la afiliación a algún partido político y el Registro de Infractores del deber de votar; la publicación en Internet de los informes de campaña y de los estados contables anuales, entre otras.

Las consideraciones respecto de “El sufragio y la representación política” se presentan en el Capítulo Tercero. En la descripción sobre el origen y la evolución del gobierno representativo se detiene en el análisis de las dos posiciones clásicas y contrapuestas de la teoría de la representación política: la tesis del mandato imperativo y la del mandato representativo. Y, a partir de la concepción de la representación política como global y totalizadora que origina el mandato representativo y libre, señala el debate acerca de la pertenencia de las bancas tanto en la teoría política como en la jurisprudencia argentina. Concretamente, se detiene en el fenómeno del “transfuguismo político” en la Cámara de Diputados y en el artículo 54 de la Constitución Nacional respecto de las/os senadoras/es nacionales.

Seguidamente, dedica varias páginas a definir la expresión “pueblo” y “cuerpo electoral”. Analiza los requisitos del “electorado activo” y se detiene en el caso “Mignone” en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó por unanimidad la sentencia dictada por la Cámara Nacional Electoral que declaró la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso d), del Código Electoral Nacional que

negaba el derecho al voto a las personas con prisión preventiva. Luego, se ocupa de la ley 25.858, la creación del Registro de Electores Privados de Libertad y la sentencia recaída en la causa “Procuración Penitenciaria” del 24 de mayo de 2016, en la que la Cámara Nacional Electoral declaró la inconstitucionalidad del artículo 3, incisos e, f y g del Código Electoral Nacional y de los artículos 12 y 19 inciso 2, del Código Penal de la Nación, por considerar inconstitucional la suspensión del derecho al sufragio activo como pena accesoria a toda condena a una pena privativa de libertad superior a tres años.

A continuación, analiza la naturaleza jurídica y los caracteres del sufragio antes y después de la incorporación del artículo 37 al texto constitucional en 1994. Y respecto del “sufragio pasivo” profundiza sobre la ley 24.012 de cupo femenino y la evolución hasta la ley 27.412 de paridad de género en ámbitos de representación política. Luego, explica las causas de “inelegibilidad” y las “inhabilidades” y las denominadas “candidaturas testimoniales”. Finalmente, se refiere la oferta electoral de candidatas/os por fuera de los partidos políticos, es decir, las candidaturas independientes y culmina con una reflexión sobre la “reelección presidencial”.

En el Capítulo Cuarto, se adentra en el estudio de “Los sistemas electorales y los partidos políticos”. A modo de introducción considera de especial importancia la relación entre los sistemas electorales y los sistemas de partidos, así como la vinculación con la forma de gobierno en que se desarrollan.

En cuanto a los sistemas electorales, realiza un breve pero categórico repaso histórico a lo largo de la historia institucional de Argentina y explica las diversas reglas para la elección presidencial, de diputadas/os nacionales, senadoras/es nacionales y parlamentarias/os del Mercosur. Señala los cuestionamientos a la lista cerrada y bloqueada y la sistema de doble voto acumulativo o “Ley de Lemas”. Asimismo, especifica los otros elementos que se combinan con los sistemas electorales, tales como, la forma de selección de candidatas/os, la modalidad de candidaturas y votos, la magnitud del distrito, las fórmulas electorales y el umbral.

Respecto de los partidos políticos, analiza el origen y las funciones que actualmente cumplen en el sistema político democrático constitucional. Luego, con consideraciones doctrinarias y al mismo tiempo, señalando la jurisprudencia más relevante, se refiere a la regulación legal de los partidos; la naturaleza jurídica; las condiciones sustanciales para la existencia de los partidos políticos; las cartas orgánicas partidarias; la distinción entre partidos de distrito y nacionales; alianzas electorales y confederaciones.

Asimismo, se refiere a la rendición de cuentas y a la actual Ley 26.215 de Financiamiento de Partidos Políticos. Continúa con el análisis del estándar elaborado por la jurisprudencia en cuanto al “principio de regularidad funcional”, del que surge la menor intromisión posible en la vida interna de los partidos (siendo sus órganos respectivos quienes interpreten su funcionamiento, con excepción de graves o flagrantes violaciones de las leyes). También, dentro del “ámbito de reserva partidario”, se ocupa de las “intervenciones partidarias”. Dedicó varias páginas

al tema de las “afiliaciones” y la “caducidad” de los partidos políticos. Y culmina el capítulo resaltando la importancia de “la democracia interna” en los partidos políticos y el debate sobre las Primarias Abiertas, Simultáneas y Obligatorias.

El Capítulo Quinto se titula “El Proceso Electoral”. En primer lugar, desarrolla el concepto de “debido proceso electoral” indicando las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Cámara Nacional Electoral y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y hace notar que el concepto supera al “debido proceso formal o adjetivo” que requiere el estricto cumplimiento de las normas legales en sentido lógico-formal, y abarca el denominado “debido proceso sustantivo”, como garantía innominada que implica la razonable adecuación de los hechos a las normas y de éstas a la Constitución. Por ello, nuestro autor agrega que el debido proceso electoral se encuentra estrechamente vinculado a la faz *arquitectónica* de la política, es decir, al conjunto de reglas de juego esenciales que permiten su desarrollo, por oposición a la faz *agonal* que consiste en la lucha por el poder. Consecuentemente, la Justicia Electoral y no quienes compiten por el poder, es la que tiene la misión de custodiar y hacer cumplir las reglas del juego dispuestas en la normativa electoral.

290 Seguidamente, profundiza sobre el “procedimiento partidario electoral” establecido en la Ley Orgánica de los Partidos Políticos 23.298 y en la ley 19.108 de creación del fuero electoral; el “procedimiento contencioso” y la “tutela judicial”. Prosigue con los “actos preelectorales” que se realizan ante las Juntas Electorales Nacionales y la “oficialización de boletas”. Analiza las condiciones que se establecen en la ley electoral para el desarrollo del “acto electoral”, a efectos de preservar el normal ejercicio del derecho de sufragio, y describe detalladamente la creación del Registro Público de Postulantes a Autoridades de Mesa y el Registro de Acompañamiento Cívico por parte de la Cámara Nacional Electoral. Y, respecto de la fase final del proceso electoral, puntualiza las particularidades del “escrutinio”. Luego, observa las singularidades del Título VI del Código Electoral Nacional que regula la violación a la ley electoral, las penas y el régimen procesal. Se concentra en las “faltas y delitos electorales” y en el “proceso penal electoral”. A continuación, se refiere la “publicidad electoral”, el “financiamiento público de las campañas electorales y el límite de gastos”, la “publicidad anticipada”, las “encuestas y sondeos de opinión” y las “redes sociales”. Cierra el capítulo con una serie de consideraciones que ponderan los “debates presidenciales obligatorios”.

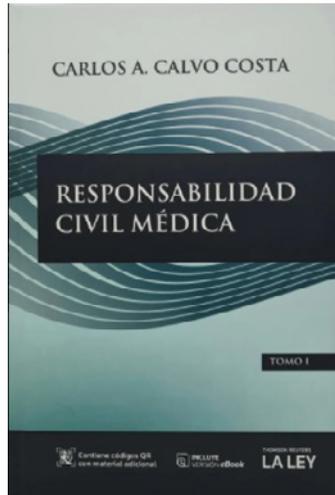
El Capítulo Final (que como se mencionó aparece sin numerar y es concebido como provisorio por estar destinado a tratar una cuestión coyuntural) está dedicado a presentar un innovador estudio sobre “Las elecciones en tiempos de pandemia”. En primer lugar, presenta un contundente planteo teórico sobre el “Estado de Derecho y las emergencias” en el que señala las lógicas opuestas entre la limitación de los mandatos electivos que surge como principio fundamental del Estado Constitucional y Democrático de Derecho por un lado, y las situaciones de emergencia, por

el otro. Así, solamente justifica la emergencia dentro de la Constitución y para asegurar su vigencia. A continuación, se ocupa de exponer las características de la emergencia declarada con motivo de la pandemia por COVID-19. Recalca que nuestro texto constitucional no prevé un instituto específico para afrontar una crisis sanitaria, como sí lo prevén las Constituciones de otros países (España, Chile, Brasil) y menciona las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional y el rol del Poder Legislativo y el Poder Judicial. Y en particular, ahonda en las tareas desarrolladas por la Cámara Nacional Electoral a fin de tutelar los derechos políticos y organizar el proceso electoral 2021. Además, menciona los casos de suspensión temporaria y reprogramación de elecciones en nuestra región (Chile, Bolivia, República Dominicana, México, Uruguay, Paraguay y Brasil); adiciona algunas notas distintivas en el ámbito europeo y en Estados Unidos; y se detiene en una situación muy particular ocurrida en nuestro país, en la ciudad de Río Cuarto.

Finalmente, el autor despliega una serie de reflexiones en torno a “La pospandemia y la ‘nueva normalidad’” respecto de la realización de elecciones y las variables y medidas a considerar en pos de que, aún en tiempo de pandemia, “el pueblo soberano siga ejerciendo el fundamental derecho de sufragio”.

Para concluir esta reseña, deseamos recalcar que en esta obra, la teoría y la práctica del Derecho Electoral no se confunden. El Dr. Dalla Via comparte los conceptos teóricos y los refuerza con la práctica evidenciada en la jurisprudencia en el ámbito local y en el Derecho comparado. Como lo ha manifestado el autor, ha “escrito un libro, no una sentencia”. Un libro que invita a la lectura a partir de una visión integral, sistémica e interdisciplinaria tanto de los temas clásicos como de los nuevos desafíos del Derecho Electoral.

Reseña bibliográfica



**CALVO COSTA, Carlos, *Responsabilidad civil médica*,
La Ley, Buenos Aires, 2021, 2 tomos (t. I, 624 páginas y t. II, 704 páginas).
Reseña de Fernando Alfredo Sagarna.**

La temática sobre la responsabilidad civil médica en Argentina data aproximadamente desde hace unas cuatro décadas, contando ello desde las primeras notas doctrinarias sobre el tema (las del jurista Jorge Bustamante Alsina) y desde los primeros antecedentes judiciales. Distintos fundamentos se vertieron para justificar la ausencia de pronunciamientos al respecto (claro está de demandas de daños y perjuicios iniciadas a tales fines), desde las que encontraban la causa en un médico irresponsable absoluto por mala praxis, por ser la persona que había aportado todo el conocimiento de la ciencia y ya más no podía efectuar, hasta creencias religiosas que se apoyaban en que el paciente había dejado este mundo a la hora señalada.

La serialización de la prestación del servicio de salud, el anonimato médico en la relación profesional-paciente donde aquel ya no era el conocido galeno de familia que acompañaba a esta desde el nacimiento de los hijos hasta el fallecimiento de los

padres, sino uno más en la cadena de una actividad prestada en muchos casos casi como cualquier otro servicio. Ese binomio relacional constituía un vínculo muy fuerte en nuestra sociedad —“teoría del médico impune”, p. 22— y no podía mentalmente ser quebrado ni aun ante el más grave error profesional (nos recuerda el autor que Platón enseñaba “... que alguien es curado por el médico, pero muere por sí mismo” —p. 17, nota al pie 29—), salvo —claro está— como se lo ha visto reflejado en algunos aislados precedentes que juzgaron en el ámbito penal la conducta de médicos por las consecuencias graves causantes de lesiones a la salud o directamente la pérdida de la vida de sus pacientes (ver estos desarrollos en ps. 19 y ss.).

El desarrollo/evolución en la prestación médica se sembró/colonizó a través de distintas etapas, desde el servicio profesional llevado a cabo por un galeno y la intervención posterior de un hospital público para más tarde atravesar el sistema la faz privada con sanatorios y clínicas, llegando a integrar estos enormes centros de multi-atención donde un paciente puede requerir una consulta médica y en ese mismo complejo efectuar todos los estudios para el diagnóstico, su posterior tratamiento y una eventual intervención quirúrgica. Esos ámbitos se modernizaron. Se entrecruzó la ciencia médica con distintos descubrimientos gracias a las nuevas tecnologías. Desde el antiguo aparato de rayos X con sus placas radiográficas (siendo el más longevo uno del año 1895 desarrollado por H. J. Hoffmans, quien fuera el director de una escuela secundaria y por aquella época director del hospital de Maastricht, Lambertus Theodorus van Kleef), hasta el más moderno que puede ser portátil y utilizar un sistema de software al momento de producir las imágenes, evitando así el procedimiento arcaico que llevaban aquellas placas. Además, en este caso se redujeron al mínimo las radiaciones que en un primer momento eran extremadamente intensas y a la vez nocivas, no solo para el profesional que tomaba esas placas, quien se encontraba expuesto a aquellas en forma permanente, sino también para el paciente cuyo cuerpo era invadido por la radiación. Actualmente, los establecimientos más modernos cuentan con una aparatología inimaginable, no ya en el siglo XIX sino hasta hace muy poco tiempo, tales como las unidades electroquirúrgicas, los monitores de signos vitales, las máquinas de anestesia, los respiradores artificiales, los equipos de ultrasonido para diagnóstico, los desfibriladores, los tomógrafos, entre muchos otros. El avance de la medicina nuclear que emplea radiofármacos para el diagnóstico de enfermedades ha permitido prevenirlas evitando así graves daños a la salud.

En fin, todo apunta a una mejor calidad de vida (en un mundo de contaminación por combustibles fósiles que sumergen al globo —el “único”— en el que estamos encerrados bajo un desgaste constante), en realidad a correr los márgenes que imponen una vida finita. ¿Por qué vivir un promedio de 70/80 años y no vivir 120 años, 500 años o quizás no morir como ya se lo plantean varios proyectos en la actualidad financiados por empresas y particulares? Tal vez el hombre en el deseo

constante en espiral, del que nos enseñaba Freud, y en su carrera por conquistar otro planeta, como una/nuestra manera de extender la supervivencia de la humanidad, no esté tan alejado en sus creencias de endiosar su destino, si es que este no se agota en un trazado predeterminado —basta con recordar la discusión Einstein-Hawking—. Ya nos lo adelantaba a modo de profecía la escritora y dramaturga londinense Mary Shelley en su novela gótica “Frankenstein, o el moderno Prometeo” —el hombre hacedor en la creación—. Mientras escribimos estas líneas se publican noticias de la generación de las ¿primeras? quimeras —ya se han creado 132 embriones con células de humanos y monos: diario “El País”, 27 de mayo de 2021—.

En este panorama de la ciencia nace una nueva obra referida, como su título lo anticipa claramente, a la “Responsabilidad civil médica”, de autoría del Doctor y Profesor titular de Obligaciones Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (por citar solo dos hitos de su extenso currículum), el doctor Carlos A. Calvo Costa, publicada en 2021 por ThomsonReuters-La Ley en una edición cuidada y prolija de dos tomos. El autor ya nos había ilustrado con una obra similar intitulada “Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial”, en dos ediciones, siendo la última de 2014.

La obra que aquí comentamos inserta al lector en el entorno de la responsabilidad civil en general, en sus principios esenciales, como lo es el de la reparación plena-integral-íntegra (plasmada en el art. 1740 del Código Civil y Comercial, y como se expresa: “... surge, básicamente, de la conjunción e interpretación armónica de los arts. 15, 17 y 19 de la CN, y de los arts. 21, inc. 2º, y 29, inc. c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)”, —ps. 14 y 15—), ofreciendo así el contexto en el cual el tema especial propuesto se sumergirá a lo largo de sus páginas.

El autor divide lo vinculado a la relación médico-paciente (el contrato de salud —la discusión entre responsabilidad civil contractual y extracontractual del médico—, sus caracteres y su naturaleza jurídica), con lo referido al nexo entre las clínicas, sanatorios, entes asistenciales y el paciente (enuncia con razón que “El deber de seguridad comprometido por el ente asistencial configura una obligación de resultado que este asume, aunque va referido —en la casi generalidad de los casos— a una obligación de medios (que es la contraída por el profesional médico)”, —p. 51—) y lo vincula a la Ley de Defensa del Consumidor, por lo que descarta distintas teorías que se empleaban para justificar esa responsabilidad civil. Aquí el autor hace *postea* y explica la “teoría del contrato desdoblado de asistencia médica en hospital”, que determinada jurisprudencia aplica para eximir a los centros de salud (separando así los actos médicos puros de aquellas actividades más propias de un sanatorio, como lo es el servicio de hostelería).

Un punto aparte merece el tratamiento que el profesor aborda para dedicar un núcleo a los hospitales públicos y la naturaleza de su responsabilidad —esto es, si

transita por lo contractual o por lo extracontractual, postura esta última sostenida por autores franceses de enorme talla intelectual—; cuestión que es explicada a su vez en el derecho italiano en la teoría del *contratto sociale* (donde se analiza la sentencia 589/99 de la Corte de Casación Civil italiana y la ley 24 de 2017). En este punto es donde el autor encuadra el supuesto en la Ley de Defensa del Consumidor enrolándose en la postura más moderna al respecto. No podía dejarse de lado en el abordaje de esta temática a la responsabilidad de las obras sociales y empresas de medicina prepaga en el que se trata su régimen y su exposición hacia la teoría consumeril, de la que el autor se enrola, siendo aquellas agentes de salud, pero a la vez proveedores en su relación con el afiliado/cliente/consumidor en donde cita sentencias novedosas sobre el tema.

Avanzada la obra y puesto el lector en tema, ya alejado de la costa de la insuficiencia del saber, el barco toma rumbo con destino a los islotes de los “factores de atribución” de la responsabilidad civil, más específicamente al “factor de imputación subjetivo” en sus dos facetas de la “culpabilidad”, como lo son la culpa y el dolo, para desembarcar en la “culpa profesional” y, en ella obvio es, en la “culpa médica”, sin apartarla de la “culpa común”. Dos puertos de amarre en esta navegación del conocimiento son ricos en detalles: uno, el referido a la “prueba de la culpa médica”; y, el otro, a la “relación causal en la responsabilidad médica”. Estos dos tópicos se constituyen en herramientas esenciales para el profesional liberal, como para el juez, a la hora de determinar la responsabilidad civil de los intervinientes en la salud; en fin, es uno de los tipos de proceso de daños y perjuicios más complejos, porque invade otra ciencia los tejidos del saber jurídico. Juega un rol importante, que el jurista decide apartar con razón del resto de los temas examinados, el “error médico generador de responsabilidad civil”, conformado este por el “error de diagnóstico” y por el “error de tratamiento”.

Otras cuestiones apuntan la luz en el faro del saber hacia el conocimiento profundo de la problemática que encierra la “historia clínica”, analizada ella a través de la ley 26.529 y, por cierto, haciendo hincapié en la “informatizada”, lugar donde hace escala Pedro Omar Bancoff como colaborador, para aportar el desarrollo de este documento electrónico en su regulación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se analizan todos los aspectos del “consentimiento informado”, refiriéndose también el autor a las “directivas anticipadas”. Se destina un capítulo especial a las “infecciones intrahospitalarias”—a las que caracteriza dentro de la responsabilidad objetiva— y, en especial, un bloque al “contagio por transfusión sanguínea”.

Como observáramos al inicio de este comentario, las “cosas” en la ciencia médica intervienen en contacto estrecho con el paciente y ellas por su constitución o por su utilización pueden eventualmente provocar daños en la salud. Es aquí donde el autor transita un capítulo completo sobre los perjuicios que se pueden sufrir por el empleo de cosas, relacionándose la cuestión con el Código Civil y Comercial y su regulación

específica de las cosas generadoras de riesgo y la actividad riesgosa, y la exclusión de su régimen de la actividad profesional de la salud. En este capítulo, el profesor explica la interesante práctica de la “cirugía robótica” y la responsabilidad civil que podría desprenderse con motivo de daños producidos por “robots” dirigidos por médicos en las intervenciones. Los “oblitos quirúrgicos” también son examinados por la pluma autoral destacada de Calvo Costa que, con su claridad innata, despeja dudas e inseguridades que pueden desprenderse de este tema.

Así, como la ciencia médica evolucionó desde la atención personalizada a un tratamiento médico con cosas, luego en muchas hipótesis hacia el casi anonimato; aquella, asimismo, se dirigió hacia la actuación grupal, y es aquí donde el escritor devela el rol que juega la responsabilidad civil por el hecho ajeno y por el infortunio producido por el accionar médico en equipo. Se explican los principios que rigen el trabajo en equipo médico y la responsabilidad civil del jefe de equipo médico, analizado ello desde la lupa de la responsabilidad civil colectiva.

En definitiva, como toda la obra se refiere al daño a la salud, varias páginas se remiten a esta sub-tipología de daño con énfasis en los ordenamientos jurídicos de Perú, Brasil y Uruguay y, por cierto, en el de nuestro país.

Al concluir, se destina un capítulo a tres cuestiones procesales imbricadas, como lo son la “legitimación”, la “prueba” y la “coexistencia de la acción civil con la acción penal”, tan importantes para la praxis abogadil.

Al finalizar la obra reúne la abundante bibliografía consultada por el autor y un Anexo con la legislación de uso frecuente en la responsabilidad civil médica.

Todo el texto se nutre de los *leading cases* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de fallos nuevos nacionales de tribunales inferiores, que nos permiten conocer la situación de la doctrina judicial actual. A ello deben agregarse citas de precedentes jurisprudenciales europeos que marcan las tendencias del viejo continente —como siempre— en distintos aspectos (de la Corte de Casación francesa, de la Corte de Casación Civil italiana).

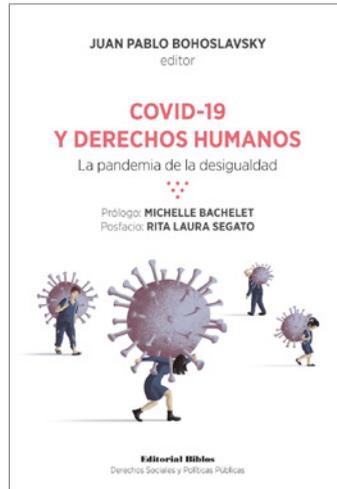
Se citan autores nacionales que han dedicado horas de estudio a la responsabilidad médica, como también prestigiosos juristas extranjeros que permiten al lector conocer la cuestión en el derecho comparado (entre ellos: Alpa, Betti, Rescigno, Di Maio, De Cupis, Comporti, Bianca, Cendon, Salvi, Trimarchi, Visintini, Castronovo, Jordano Fraga, Medina Alcoz, Ataz López, De Ángel Yagüez, Díez-Picazo, Viney, Capitant, Terré, Lequette, Chabas, Mazeaud H. y L., Tunc, Brun, Bénabent, Jourdain, Penneau, Lambert Faivre, Esmein, Starck, Gamarra, Mariño López, Szafir, Tapia Rodríguez).

No falta en toda la obra la fundada opinión personal del autor, que hoy en tiempos de premura tanto escasea.

La ciencia jurídica es un arte que se conforma por un sólido estandarte de peso, basado en el conocimiento razonado, fundado y actual. Ese arte se conforma por

artistas. Esos artistas nos dejan sus obras. En esas obras está la aquí comentada que patentiza/vivifica el estado actual de esta importantísima responsabilidad especial. Lo decía el pintor Paul Cézanne: “No se trata de pintar la vida, se trata de hacer viva la pintura”.

Reseña bibliográfica



**BOHOSLAVSKY, Juan Pablo (ed). *Covid-19 y derechos humanos: La pandemia de la desigualdad*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2020.
Reseña de Koldo Casla.***

Este es un libro clave para un tiempo que ni necesitábamos ni merecíamos.

Justo antes de comenzar a redactar esta breve reseña, leo sobre un informe que da cuenta de la correlación entre desigualdades en la salud e impacto de la Covid-19 en el país en el que vivo, Reino Unido. Entre otras condiciones médicas, la obesidad y la diabetes están asociadas con tasas más altas de riesgo ante la Covid-19. Uno de los factores que condiciona el acceso a servicios médicos y sociales de apoyo para las personas que sufren enfermedades crónicas es la diversidad étnica. En este país, y sospecho que no es el único, las minorías, particularmente las de origen asiático, suelen reportar peor acceso a servicios básicos de medicina de cabecera. También es

* Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad de Essex, Reino Unido, koldo.casla@essex.ac.uk.

estadísticamente más probable que vivan en barrios populares, menos pudientes, y que cuenten con ingresos más bajos que la mayor parte de las personas blancas. Todo ello son determinantes sociales de la salud, condicionantes del riesgo de contraer la enfermedad, y condicionantes también de la gravedad de ésta.¹ Las personas negras y de origen asiático están sobrerrepresentadas en sectores profesionales que no pueden trabajar desde casa, incluyendo repartidores, conductores de autobús, personal de limpieza, trabajadores en supermercados y hostelería, etc. El lugar en el que vivo, Hackney, en el este de Londres, es uno de los barrios más diversos de la capital, y por lo tanto del país. En abril, a comienzos de la pandemia, Hackney era el tercer distrito del Reino Unido con mayor tasa de fallecimientos por cien mil habitantes. La mayor parte de las muertes se concentraba en los distritos más pobres del país, y Hackney es uno de ellos.²

La Covid-19 es un drama vírico sobre un lienzo social no menos dramático, el lienzo de la desigualdad. Con el ojo puesto en Argentina y Latinoamérica, el volumen de 32 capítulos editado por Juan Pablo Bohoslavsky ayuda a resaltar los rasgos del lienzo de la desigualdad, sin el cual esta pandemia podría haber sido distinta, trágica en cualquier caso, como lo es toda pérdida, pero distinta.

Si algo hemos aprendido de 2020 es que, en tanto que seres humanos, todos somos vulnerables al virus; pero no igualmente vulnerables.

300 Confieso que tardé unas semanas en darme cuenta. Inocentemente, poco después de que la OMS declarara la pandemia y nos confinaran a todos en casa, estuve cerca de comprar el argumento de que esta crisis podía tener efectos igualitaristas. Pronto se puso de manifiesto que no iba a ser así. Y al no ser así, resulta imprescindible que quienes estamos interesados en las condiciones materiales de la libertad pongamos el foco sobre el desigual impacto de la enfermedad en nuestros barrios, en nuestras comunidades, en nuestro mundo. Esa es la tesis central de esta impresionante colección de contribuciones reunidas por Juan Pablo Bohoslavsky.

La Covid-19 ha puesto y sigue poniendo a prueba los pilares de nuestras sociedades. Es un recordatorio de lo que somos capaces de hacer cuando dejamos de pensar como meros individuos y cuando reconocemos que también desempeñamos un papel en la colectividad. Es un recordatorio también de lo que podemos perder cuando nos negamos a pensar en el otro, en la persona vecina, y en la persona desconocida con la que uno comparte ciudad, transporte, país.

La Covid-19 es un aprendizaje para muchas personas dedicadas a la defensa y

¹ Geddes, Linda, "Health inequalities in UK are major factor in high BAME Covid cases", The Guardian, 28 de enero de 2021. <https://www.theguardian.com/society/2021/jan/28/health-inequalities-in-uk-are-major-factor-in-high-bame-covid-cases>

² Mohdin, Aamna, "'Every day I hear about a Covid-19 death': life in the UK's worst-affected area", The Guardian, 1 de mayo de 2020. <https://www.theguardian.com/uk-news/2020/may/01/covid-19-coronavirus-newham-london-uk-worst-affected-area>

promoción de los derechos humanos. Al menos, por dos razones, posiblemente más, pero señalaré dos en esta breve reseña. En primer lugar, porque, como señalan los autores de este libro, es imprescindible reconocer el impacto de las desigualdades socioeconómicas, de género, geográficas, étnicas, etc. Y en segundo lugar, porque la Covid-19 es también un llamado a reflexionar desde la teoría y la práctica sobre la forma en que la reivindicación de derechos puede verse fortalecida por el reconocimiento de determinadas responsabilidades cívicas, políticas y ciudadanas que nos debemos los unos a los otros en una sociedad radicalmente libre y democrática. Como una cuestión de responsabilidad, y a la luz del impacto desigual de la enfermedad sobre distintos grupos, resulta necesario, en mi opinión, poner todos los esfuerzos en priorizar la defensa y la satisfacción de los derechos económicos y sociales de las personas en mayor riesgo y vulnerabilidad. Muchos países, incluyendo la sexta economía del mundo, desde donde escribo, cuentan con recursos suficientes para garantizar un estándar adecuado de vida a todas las personas. Como ciudadanos no deberíamos darnos por satisfechos con nada menos que eso.

Muchos de los recursos necesarios para satisfacer un estándar adecuado de vida para todas las personas están en manos de actores privados. No por arte de magia, ni por la distribución natural de las cosas, ni porque así lo decidiera Locke. Es fruto de políticas concretas, a nivel nacional e internacional, que han favorecido la concentración de la riqueza en unas pocas manos, la desregulación de los mercados financieros, laborales y residenciales, así como la privatización de servicios públicos. Llámelo Consenso de Washington, llámelo neoliberalismo, llámelo austeridad, pero por lo que más quieran, no dejen de llamarlo, no dejen de analizarlo y de denunciar su impacto negativo sobre los derechos humanos.

No sólo los públicos, también los privados forman parte del “máximo de recursos disponibles” que deben movilizar las autoridades para dar cumplimiento a la obligación del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Movilizar dichos recursos requiere políticas fiscales audaces. Requiere también desacralizar el derecho a la propiedad privada, importante derecho, sin duda, pero no absoluto. Como acertadamente señalaba Bohoslavsky en su condición de Experto Independiente de las Naciones Unidas en su llamamiento a los gobiernos cuando la Covid-19 se convirtió en una amenaza global, “los derechos de propiedad como tales no son absolutos y, si están debidamente justificadas, los Estados deberían poder tomar las medidas económicas y legales necesarias para enfrentar de manera más efectiva la actual crisis sanitaria. En particular, ningún derecho ni monopolio económico privado debería ser priorizado sobre los derechos a la salud y la vida de todos”.³

³ Bohoslavsky, Juan Pablo (Experto Independiente de la ONU sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales),

Todo apunta a que la crisis de 2020 va a ser la crisis de 2021 también. Es una crisis que nos recuerda la importancia de la amabilidad y del apoyo colectivo, el valor de contar con instituciones públicas para contribuir a la igualdad de oportunidades.

Por momentos uno puede sentirse tentado a aventurar que esta pandemia nos ha abierto los ojos. Uno puede llegar a creer que hemos aprendido una lección, que dejaremos atrás la fe ciega en la obsesión ideológica antisocial de las últimas cuatro décadas. Uno puede confiar en que a partir de ahora sabremos adoptar una actitud menos egocéntrica, que la mayoría se hará fuerte y demandará que los ricos contribuyan con una parte equitativa al sostenimiento de lo público, incluyendo, sí, a través de impuestos.

Quizás nos encontremos en aquello que Gramsci llamaba el interregno, cuando lo viejo muere pero lo nuevo todavía no nace.

Yo por si acaso no apostaría que vaya a ser así. Perfectamente podría ser que la nueva normalidad termine pareciéndose mucho a la vieja normalidad. Por el momento, el no precisamente Gramsciano Fondo Monetario Internacional ya advierte de que la Covid-19 está aumentando las desigualdades entre países ricos y pobres, así como entre personas ricas y pobres dentro de muchos países.⁴

En oftalmología, tener una visión 20/20 significa tener una visión (razonablemente) perfecta. En 2020, no creo yo que tuviéramos esa visión. Sin duda se trata de un propósito difícilmente mejorable para el año en curso.

302

El marco conceptual, jurídico y político de los derechos humanos puede ofrecer algunas pautas para responder algunas de estas preguntas fundamentales. Sacar el máximo provecho a este marco con estos fines es el propósito de este recomendable libro, *Covid-19 y derechos humanos: La pandemia de la desigualdad*.

La epidemia global finalizará algún día. Esperemos que sea pronto. Pero las desigualdades seguirán ahí. A no ser que hagamos algo para evitarlo. Las personas autoras de este libro colectivo ayudan siquiera a fijar la atención en ese contexto y esa realidad perenne. Es responsabilidad del lector hacer algo útil con dicha información.

Covid-19: Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos, 15 de abril de 2020, pp. 10-11. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/20200414_IEDebt_urgent_appeal_COVID19_sp.pdf

⁴ Romei, Valentina, "How the pandemic is worsening inequality", Financial Times, 31 de diciembre de 2020. <https://on.ft.com/2YtEGb0>

Reseña bibliográfica



FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán y RIVAS-RAMÍREZ, Daniel (eds.), *Método(s) y Derecho(s): Construcciones alternativas de líneas jurisprudenciales para Derechos y garantías.* Bogotá, D.C., Tirant lo Blanch, 2020, 400 páginas.

El papel determinante que juegan actualmente los jueces constitucionales y convencionales ha conducido a que las aproximaciones y estudios meramente dogmáticos sean valorados como suficientes en la tarea de comprender los ordenamientos jurídicos. Es en ese sentido, que incluso las labores académicas al interior de los programas universitarios de Derecho se hayan volcado al estudio de la interpretación y argumentación que emplean los distintos operadores jurídicos y se dejen de lado los abordajes compatibles con la noción de racionalidad legislativa¹. Con todo, el creciente número de decisiones y las variaciones de los

¹ Cfr. Celemín Caicedo, Yenny y Fuentes-Contreras, Édgar Hernán. “Control y calidad de la ley. Análisis de los mecanismos de control de la calidad legislativa y su aplicación en Colombia”, *Boletín*

criterios jurisprudenciales también han generado la necesidad de preguntarse sobre la confiabilidad y validez de los métodos que se utilizan para seleccionar e identificar las diferentes producciones de los jueces y su posterior análisis para la determinación de subreglas² y la construcción de líneas jurisprudenciales³.

Entre las diversas propuestas existentes, sin duda en el contexto colombiano, resulta bastante significativo el realizado por el profesor Diego Eduardo López Medina, iniciado con su obra titulada “*El Derecho de los Jueces*”, que fue publicada en el 2001 y que, a la fecha, cuenta con dos ediciones y más de 17 reimpresiones. No obstante, y sin que ello limite la importancia de los aportes que hizo el autor, las metodologías no siempre son expansibles para cualquier estudio: efectivamente, aspectos como la finalidad, la naturaleza del juez y el objeto de estudio, marcarán la confiabilidad y validez del método de recolección y análisis que se opte.

Partiendo de esa idea, el libro *Método(s) y derecho(s)* buscó poner a prueba, mediante la recopilación de un conjunto de estudios jurisprudenciales, al denominado *método censitario*⁴ y sus variaciones⁵; causando que quienes lean la obra obtengan

Mexicano de Derecho Comparado, vol. 1, n° 158, 2020, pp. 579-618. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.158.15630>.

² Cfr. García Villegas, Mauricio, *Derecho y sociedad en América Latina*, Bogotá, D.C., ILSA, 2003; Pulido Ortiz, Fabio Enrique, “Elementos relevantes para el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana”, *Novum Jus*, Vol. 2, n° 1, 2008, pp. 125-152; García Jaramillo, Leonardo, “El “nuevo derecho” en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?”, *Revista de Derecho*, n°. 29, 2008, pp. 289-330; García Vargas, Kristhell Kareem, “Control constitucional a las subreglas incorporadas en las sentencias de los jueces”, *Justicia*, n° 26, 2014, pp. 58-68.

³ Cfr. López Medina, Diego Eduardo. *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre la orientación sexual*, Bogotá, D.C., Universidad de los Andes y Legis, 2016; López Medina, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Segunda Edición, Bogotá D.C., Universidad de los Andes y Legis, 2006; López Medina, Diego Eduardo, *Eslabones del derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, Bogotá, D.C., Universidad de los Andes y Legis, 2016; Barreto Moreno, Antonio Alejandro y Pulido Ortiz, Fabio Enrique, “La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia”, *Jurídicas*, vol. 13, n°. 1, 2016, pp. 64-81; Pulido Ortiz, Fabio Enrique, *Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial*, Bogotá, D.C., Universidad de La Sabana, 2018.

⁴ Cfr. Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, *Materialidad de la Constitución*. Bogotá, D.C., Grupo Editorial Ibáñez y otro, 2010.

⁵ Cfr. Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, Suárez López, Beatriz Eugenia y Rincón Villegas, Adriana, “Facticidad y acción de tutela: presentación preliminar de un estudio empírico de la formulación y efectos de la acción de tutela en el marco colombiano, entre los años 1992-2011”, *Civilizar*, vol. 14, n°. 27, 2014, pp. 41-64. <https://doi.org/10.22518/16578953.178>; Suárez Lopez, Beatriz Eugenia y Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, “Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Concepto y desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Prolegómenos*, vol. 18, n°. 36, 2015, pp. 65-80. <https://doi.org/10.18359/dere.934>; Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, “El reconocimiento de la personalidad jurídica en el Sistema Interamericano de derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 69, n°. 274-2, 2019, pp. 753-777. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.274-2.70044>; Fuentes-

no solo una reunión de disertaciones conceptuales de origen jurisprudencial, tanto en lo nacional como en lo internacional, sino una serie de propuestas explícitas de cómo recolectar y analizar sentencias en correlación.

Si bien el *método censitario* parece ser trasversal a los trabajos que se reúnen en el libro, no evita que haya cuestionamientos frente a su utilidad y en consecuencia ofrece una base para crear y proponer mecanismos correctores en razón del tribunal, la temática y las bases de datos, entre otros, que permite formular nuevas metodologías. De allí la riqueza propia de la obra y su intención de construir una idea que vaya más allá de decir que se “estudiarán las sentencias más relevantes de un tribunal”, sin hacer mención específica del *cómo, por qué, dónde, cuándo* se identificaron los productos judiciales.

Por ende, el libro se convierte, en primera instancia, en una apuesta autocrítica y constructiva al estudio del Derecho actual, que acompaña una tendencia que empieza a ser más que necesaria para discutir la enseñanza jurídica⁶. Además, de que, en un segundo momento, pone a disposición a los vinculados con el mundo del Derecho “una herramienta práctica [...] de la disciplina para que puedan

Contreras, Édgar Hernán, “Encontrando el precedente: investigación formativa, metodologías y resultados en el estudio de las percepciones jurisprudenciales internacionales”, en Prieto-Ríos, Enrique, Acosta-Alvarado, Paola Andrea, Rivas-Ramírez, Daniel (edits.), *Repensar la educación en derecho internacional en América Latina: avances y discusiones en 2019*, Bogotá, D.C., Universidad del Rosario, 2020, pp. 173-200; Fuentes-Contreras, Édgar Hernán y Cárdenas-Contreras, Luz Elyer, “Deferencia a la soberanía nacional. Práctica y doctrina del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º. 21, 2021, pp. 197-231. <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487872e.2021.21.15592>; Rivas-Ramírez, Daniel y Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, “Los migrantes irregulares en Colombia ante la crisis del Covid-19 ¿Los últimos en lista?”, en AAVV, *Derechos humanos dos migrantes e pandemia*, Curitiba, Instituto Memória Editora, 2021, pp. 178-197; Sarmiento Contreras, Carlos A. “Modelo social de discapacidad, bajo las perspectivas de la Corte Interamericana. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006-2016) hacia la práctica del modelo social de discapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 69, n.º. 274-2, 2019, pp. 375-415. <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2019.274-1.69952>.

⁶ Cfr. Bonilla Maldonado, Daniel, *Los bárbaros jurídicos*, Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre Editores, 2020; Acosta Alvarado, Paola, Amaya Álvarez Marín, Laura Betancur-Restrepo, Enrique Prieto-Ríos, Daniel Rivas-Ramírez y Fabia Veçoso, “Rethinking International Legal Education in Latin America (REDIAL): Exploring some obstacles of a hegemonic academic model in Chile and Colombia”, en *Decolonizing Law: Indigenous, Third World and Settler Perspectives*. Canadá, Routledge, 2021; Acosta Alvarado, Paola, Amaya Álvarez Marín, Laura Betancur Restrepo, Enrique Prieto-Ríos, Daniel Rivas-Ramírez, Fabia Fernandes Carvalho Veçosos. “La Construcción de un diálogo sobre cómo repensar la educación en derecho internacional en América Latina” en

Prieto-Ríos, Enrique, Acosta-Alvarado, Paola Andrea, Rivas-Ramírez, Daniel (edits.), *Repensar la educación en derecho internacional en América Latina: avances y discusiones en 2019*, Bogotá, D.C., Universidad del Rosario, 2020; García Villegas, Mauricio y Ceballos Bedoya, María Adelaida, *La Profesión Jurídica en Colombia*, Bogotá, D.C., DeJusticia, 2019; García Villegas, Mauricio y Ceballos Bedoya, María Adelaida, *Abogados sin reglas*, Bogotá, D.C., Ariel, 2019.

acercarse a un área como la jurisprudencia (en principio constitucional) de manera autónoma y bajo sus propios intereses”⁷ y que trata de que se “reduzcan tanto la discrecionalidad en la selección de las providencias que serán valoradas como el uso de argumentos de autoridad o los estudios no sistemáticos de la percepción judicial. En otras palabras, este libro más que ser una propuesta metodológica, es una invitación abierta hacia la construcción, la confección, el rediseño y la transformación del estudio de la jurisprudencia en general”⁸.

Ahora bien, desde lo temático, los lectores encontrarán, inicialmente, enfoques nacionales –de Colombia- sobre el papel del derecho internacional de inversiones en la jurisprudencia constitucional, el alcance del derecho a la información de los consumidores, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y la situación de los niños, niñas y adolescentes en el contexto del conflicto armado. Posteriormente, en el segundo grupo de estudios, acercamientos a las decisiones de tribunales internacionales, con énfasis en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al margen de apreciación nacional en la Comisión, el derecho internacional de inversiones y los derechos humanos, el derecho a la personalidad jurídica, la inclusión social de personas con discapacidad, los derechos y garantías de las personas recluidas en establecimientos penitenciarios y el derecho disciplinario.

306 Finalmente, se hace una revisión crítica al método censitario y a las propuestas generadas, que advierten que lo dinámico del Derecho no solo cambia las perspectivas del Estado⁹, de las formas interpretación y de las relaciones entre lo nacional e internacional¹⁰, sino también la necesidad de que el estudio de las normas jurídicas, esencialmente aquellas que dictan los jueces, se someta al rigor metodológico que se espera de una disciplina que se relaciona indudablemente con el bien común.

⁷ Fuentes-Contreras, Édgar Hernán y Rivas-Ramírez, Daniel (Eds.), *Método(s) y Derecho(s)*, Bogotá, D.C., Tirant lo Blanch y otro, 2020, p. 23.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Cfr. Fuentes-Contreras, Édgar Hernán, “Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 3, n°. 2, 2019, pp. 13-42. <http://dx.doi.org/10.24822/rjduandes.0302.2>.

¹⁰ Cfr. Acosta Alvarado, Paola Andrea, Acosta-López, Juana; Huertas Cardenas, Julián y Rivas-Ramírez, Daniel, Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. El caso colombiano, *Estudios constitucionales*, vol.16, n°. 2, 2018, pp.369-402, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200369>; Acosta Alvarado, Paola Andrea, Acosta-López, Juana Inés, Rivas-Ramírez, Daniel, *De anacronismos y vaticinios. Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2017, Rivas-Ramírez, Daniel, “El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del Derecho Internacional Público”, En Padrón Pardo, Floralba y Correa Henao, Magdalena (Coord.), *El estado constitucional y el derecho internacional. ¿El Estado Constitucional en Jaque?*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 45-78.

Reseña bibliográfica



**FIOCCHI MALASPINA, Elisabetta, *L'utile giusto. Il binomio economia e diritto per l'avvocato Giacomo Giovanetti (1787-1849)*, Rubettino, Catanzaro, 2020, 237 páginas.
Reseña de Gastón Federico Blasi.**

El texto de la Profesora Fiocchi Malaspina no es simplemente una descripción biográfica del jurista decimonónico Giacomo Giovanetti—oriundo de la ciudad de Novara ubicada en el interior del Piemonte italiano—tampoco se limita a reconstruir su compleja y entrelazada vida profesional e intelectual; más bien, es una investigación acabada que identifica y explica el hilo conductor o *fil rouge*—esto es, *la utilidad tomada en su sentido correcto es idéntica a la justicia*— de todas sus obras, conocidas y desconocidas: el binomio entre derecho y economía.

La autora, a lo largo de la obra, demuestra haber realizado un estudio cabal de aquellos trabajos que ya habían examinado la actividad multifacética del ecléctico abogado piamontés; incluso, va más allá, pues presenta aspectos propios de la intimidad de Giovanetti —*e.g.*, la influencia heredada de sus progenitores, los

albores de su pensamiento durante su formación académica en la Universidad, el impacto de su trabajo como abogado, magistrado y legislador y, por supuesto, su legado final, a través del cual dejó su impronta de vanguardia para la época.

Fiocchi Malaspina desdobra su estudio en dos partes, subdivididas en cinco capítulos, explicando y ponderando las repercusiones, pero también la trascendencia de la empresa del jurisconsulto del Piamonte en el ámbito doméstico y su extensión fuera de la península itálica.

De este modo, aquella inicia su investigación presentando el ideario que *iluminó* el camino de Giovanetti, *i.e.*, el credo que animó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las teorías contractualistas y el Derecho Natural. Estos principios, sumados a las enseñanzas de su padre —nos ilustra Fiocchi Malaspina— le sirvieron para cumplir su compromiso político, jurídico y científico en búsqueda de la felicidad social, centrando su atención entre intereses públicos y privados, entre derechos individuales y de incidencia colectiva.

La investigación es indudablemente minuciosa, pues—a lo largo del volumen—la autora introduce la agudeza de Giovanetti mediante pequeños hitos históricos en su vida. En efecto, aquel, con escasos veinte años de edad, se graduó con honores de la *Università di Pavia*. Esta institución —nos informa Fiocchi Malaspina— le brindó las herramientas para poder interpretar las diversas realidades de su tiempo que requerían un cambio político y social, realizable a través del derecho. Un derecho que, en sus ojos, debía ser eminentemente práctico, concibiéndolo como *la expresión concreta de un determinado fenómeno social*. Un arquetipo de esta premisa fue su posición de garante y defensor sobre el uso, la distribución y el manejo del agua. Al respecto, Giovanetti propuso una regulación que especificara correctamente las obligaciones tanto de los usuarios cuanto de los proveedores. Y, de igual modo, sostuvo que el concepto de utilidad adecuada, o *utile giusto* —exteriorizando así su simpatía y apego por la teoría utilitarista de J. Bentham— debía emplearse para dirimir judicialmente las controversias que se suscitasen sobre la disponibilidad del agua. Arguyó, en suma, que dicho axioma rector permitiría balancear de manera equitativa los intereses individuales en pugna a la luz del bienestar comunal.

La investigadora, a su vez, nos muestra el lado social, educativo, asistencial y económico del jurista de Novara. Este propugnaba que el estado debía asumir el control celoso y directo sobre las cuestiones relativas tanto a la formación de las generaciones jóvenes como así también a la ayuda y protección de los ancianos y de los menesterosos, desterrando así la injerencia del poder eclesiástico sobre temas mundanos. Igualmente examina la visión dinámica y liberal que Giovanetti sostenía en materia económica, describiendo y analizando las reformas que impulsó para evitar que la ley avalara y consintiera monopolios comerciales, germen del empobrecimiento progresivo de la población sostenía. Además, destacó la labor interdisciplinaria que efectuó el abogado piamontés en relación a la problemática

acarreada por los campos de cultivo de arroz, actividad vital para la economía agrícola de la región, pero en contemporáneo, tan criticada por sus efectos adversos sobre la salud pública.

La escritora dedica los capítulos tercero y cuarto a demostrar la difusión que tuvo el profesionalismo, el ingenio y el pensamiento de Giovanetti sobre el derecho del agua y el cultivo del arroz, estudiando casos concretos en países como Rusia y Portugal, respectivamente. En este sentido, aquella deja en claro que, no obstante la precariedad y rusticidad de los medios de comunicación vigentes en el siglo XIX, los postulados del doctrinario de Novara se desparramaron por fuera del suelo italiano, a lo largo y ancho de toda Europa, impactando incluso en Francia y en Alemania.

El capítulo final está consagrado a los últimos diez años de vida de Giovanetti, sus años más intensos y fructíferos. En estas páginas la investigadora no buscó profundizar aspectos particulares de la ideología del jurista piemontés, sino que se propuso —y consiguió— individualizar ciertos espacios en los cuales aquel aplicó, de modo directo o indirecto, el concepto de beneficio adecuado —o *utile giusto*— para el desarrollo de instituciones cuya finalidad era proveer al bien común.

Pues bien, la Profesora italiana expone que el objetivo del proyecto jurídico de Giacomo Giovanetti, a la postre, estuvo orientado a materializar la equidad social, para lo cual resultaba indispensable conseguir un equilibrio entre la utilidad y el ejercicio de la libertad común.