



PRIMAVERA 2018

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



PRIMAVERA 2018

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



STAFF EDITORIAL

EDITOR EJECUTIVO

Pablo Octavio Cabral • UNLP

EDITOR GENERAL

Guillermo Raúl Moreno • UNLP

EDITORES ASOCIADOS

José Ignacio López y
María del Carmen Alemán • UNLP

DERECHO PRIVADO

Rosario Echevesti • UNLP

CORRECTOR GENERAL

José Maitini • UNLP

DIRECCIÓN DE ARTE

Nazarena Mazzarini • UNLP

DIRECCIÓN LITERARIA

María Cecilia Rita Villegas • UNLP

EQUIPO DE IDIOMAS

Rosario Echevesti, José Maitini, Can F. Ozden,
Sofía Sarasqueta, Guillermo Moreno y María
Fernanda García • UNLP

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Javier F. Luna, Estudio melHibe

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich
Universidad de Buenos Aires

Luis Hipólito Alén
Universidad de Buenos Aires

Ricardo César Andreu
Universidad Nacional de La Plata

Gustavo Arballo
Universidad Nacional de La Pampa

Natalia Lorena Barriviera
Universidad Nacional de La Plata

Homero Bibiloni
Universidad Nacional de La Plata

Milay Burgos Matamoros
Universidad de La Habana, Cuba

Mario F. Cámpora
Universidad de Buenos Aires

Ángel Carballal
Universidad Nacional de La Plata

Franco Catalani
Universidad Nacional de La Pampa

Nicolás Cendoya
Universidad de la República, Uruguay

Guillermo Justo Chávez
Universidad Nacional de La Plata

Rodrigo Codino
Universidad Nacional de Avellaneda

Mario Coriolano
Universidad Nacional de La Plata

Solange Delanoy
Universidad Nacional de Rosario

Marcela de Luca
Universidad Nacional de La Plata

Dino Di Nella

Universidad Nacional de Río Negro

Graciela de Ortuzar

Universidad Nacional de La Plata

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Universidad Autónoma de Aguas Calientes, México

Enrique del Percio

Universidad de Buenos Aires

Diego Dolabjian

Universidad de Buenos Aires

Carlos Echevesti

Universidad Nacional de La Plata

Raúl Gustavo Ferreyra

Universidad de Buenos Aires

Leandro E. Ferreyra

Universidad de Buenos Aires

Lila García

Universidad Nacional de Mar del Plata

Juan Martín González Moras

Universidad Nacional de La Plata

Omar Heffes

Universidad de Buenos Aires

Víctor Eduardo Hortel

Universidad Nacional de La Plata

Juan Bautista Justo

Universidad Nacional del Comahue

Mariano Lovelli

Universidad Nacional de La Plata

Carolina Machado Cyrillo Da Silva

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Fernando Maitini

Universidad Nacional de La Plata

Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana, Cuba

Alejandro Medici

Universidad Nacional de La Plata

Enrique Javier Morales

Universidad Nacional de Formosa

Marcelo Pepe

Universidad Nacional de La Plata

Alicia Pierini

Universidad de Buenos Aires

Julián Portela

Universidad Nacional de La Plata

Carlos Raimundi

Universidad Nacional de La Plata

Esteban Rodríguez Alzueta

Universidad Nacional de Quilmes

Romina Ronda

Universidad Nacional de Cuyo

Johanna M. Romero

Universidad de Cuenca, Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez

Universidad Autónoma de Sal Luis Potosí, México

Alicia Ruiz

Universidad de Buenos Aires

Marcelo Saín

Universidad Nacional de Quilmes

Fabián Omar Salvioli

Universidad Nacional de La Plata

David Sánchez Rubio

Universidad de Sevilla, España

Rodolfo Sosa

Universidad Nacional de La Plata

Juan Stinco

Universidad de Buenos Aires

Natasha Suñé
Universidad Nacional de La Plata

Ramón Torres Molina
Universidad Nacional de
La Plata

Rafael Valim
Pontificia Universidad Católica de São Paulo

Valeria Volponi
Universidad Nacional de La Plata

Antonio Carlos Wolkmer
Universidad Federal
de Santa Catarina, Brasil

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

CONSEJO ACADÉMICO HONORÍFICO

Ramón Torres Molina
Universidad Nacional de La Plata

Raúl Gustavo Ferreyra
Universidad de Buenos Aires

Alicia Ruiz
Universidad de Buenos Aires

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

Paulo Bonavides
Universidad Nacional de Río de Janeiro
Universidad Nacional de Ceará

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

LEONARDO GAUNA

Leonardo Gauna nació en Zárate, provincia de Buenos Aires, Argentina. Vive actualmente en la ciudad de La Plata, donde trabaja y dicta diversos talleres de ilustración. Es Licenciado en Artes Plásticas y Profesor egresado de la Facultad de Bellas Artes de la Universidad Nacional de La Plata, donde restauró el escudo identificador que luce la fachada. Durante más de 15 años publicó en diferentes medios y editoriales tales como Olmo, Loco Rabia, Wolkowicz, Miríada, Revistas CranN, Sudestada, Franceville, Pluz Ultra, Oblogo, BK Mag y la revista Caras y Caretas. En el año 2011 comienza Proyecto Ventanas, ilustrando sobre vidrios para diferentes espacios e instituciones de las ciudades de Barcelona, Madrid, Londres, Berlín, Praga, Florencia, Fukuoka, Tokyo, Kyoto, New York, Houston, Toronto y París, donde ilustró en la conocida librería Shakespeare & Company. Su trabajo fue seleccionado para el libro ILLUSTRATION NOW! 5 de Editorial Taschen, que reúne los mejores 150 ilustradores de los últimos años en todo el mundo.

www.facebook.com/gaunaleonardo

www.leogauna.blogspot.com

@capocosmico (Twitter)

leonardogauna (Instagram)

leo_gauna (Skype)

POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

NORBERTO ANTONIO

Escritor, nacido en Rosario, Provincia de Santa Fe. Publicó los siguientes libros de poesía: *La misma voz y todo el vicio* (1984); *Agua que enturbia la pupila* (1996); *Desesperadamente agua* (2000); *Paladar negro* (2003); *Cerca no es encima* (2008); *Parece pero es* (edición bilingüe portugués-español, 2009).

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

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

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

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

ÍNDICE

EDITORIAL	15
ENSAYOS	31
Pueblo, Constitución y Cambio	33
<i>Raúl Gustavo Ferreyra</i>	
La Asamblea del año XIII. Artigas y el surgimiento del federalismo en el Río de La Plata	121
<i>Guillermo Raúl Moreno</i>	
Los Actos de Administración: la Figura del Dictamen Jurídico	148
<i>Oswaldo Máximo Bezzi</i>	
Catalejo de la conciliación judicial	167
<i>C. Niurka Fournier Dubarte</i>	
La narrativa garciamarquiana como interpretación jurídica de la realidad	195
<i>Andrés Pérez Velasco</i>	
La violencia contra las mujeres en el marco del terrorismo de Estado en Argentina	251
<i>María Cecilia R. Villegas</i>	
Criminología y racismo: a propósito de las políticas necro-criminales a los inmigrantes	266
<i>Gabriela L. Gусis</i>	
Direito e capitalismo: una lectura a la luz de Althusser y Pachukanis	290
<i>Juliana Paula Magalhães</i>	

COMENTARIO A LEGISLACIÓN	327
¿Qué Constitución se tiene? Reflexiones en torno a una sociología jurídica crítica de los factores reales de poder en América Latina: hacia una crítica de la ideología jurídica colonial	329
<i>Eduardo Carlos Rojas</i>	
Contratos de integración vertical en la producción agraria: Posicionamiento del orden jurídico argentino	357
<i>Noelia García</i>	
Novedades legislativas	373
<i>Eduardo Baldi</i>	
COMENTARIO A JURISPRUDENCIA	383
Responsabilidad por daños en espectáculos públicos: Avance y retroceso. Mosca y Arregui	385
<i>Lucas Zudaire y Rosario Echevesti</i>	
¿Inflando el “Glovo”? Un análisis sobre los nuevos mecanismos de delivery y su abordaje en la jurisprudencia reciente	403
<i>Lucio A. Vallefin</i>	
Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Tribunales bonaerenses	427
<i>Fernando Amosa</i>	
Novedades de la Corte Suprema de Justicia Nacional	449
<i>Juan Francisco Díaz</i>	
Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	454
<i>James Vértiz Medina</i>	

OPINIÓN	469
Con tu sonrisa como bandera. Una mirada sobre el fallo dictado en el caso de Lucía Pérez	471
<i>Isabel de Gracia</i>	
TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO	481
La función policial, detenciones arbitrarias y criminalización: una mirada crítica	483
<i>José M. Maitini</i>	
TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN	503
Brecha laboral por motivos de género. Diagnóstico y desafíos	505
<i>Matías Poltorak</i>	
TRABAJOS DE EXTENSIÓN	525
Niñez y Derechos Humanos: entre el desamparo y la justicia	527
<i>Martín Menestrina, Carolina Borrego, Lucía Belaunzaran, Sebastián Pagano, Martina Flaherty y Lucía Zapico</i>	
DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA	541
Discurso de Parque Norte de Raúl Alfonsín	543
<i>Ailén Díaz</i>	
ENTREVISTAS	589
Entrevista al Defensor del Pueblo de la CABA, Dr. Alejandro Amor	591



| EDITORIAL |

Nostalgia de qué fervor,
de qué abrupto cielo,
de qué pasado aquél tiene saudades mi generación
encanecida,
de qué mayo 68,
de qué marcha del silencio mexicano,
siguen cayendo lágrimas como una muerte viva?
por qué sartre,
por qué che,
por qué dylan,
el resto del mundo era periferia,
el tiempo pena anónima,
soñar subvertía?
De aquellos ojos al cielo la distancia era corta,
se sustantivaron adjetivos
a golpe de verbos mudamente obstinados
y antes del atardecer,
donde el pecho duele más,
dolió.

Autor: Norberto Antonio

Arte de la portada: Leonardo Gauna

Obra: Noche de ronda

Editorial

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e213>

Finaliza el 2018 con la edición primavera, dándole la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al noveno número de ReDeA, con las renovadas ganas de compartir con ustedes algunos sucesos jurídicos sociales, a nuestro entender importantes, acaecidos en los últimos tres meses en la Argentina, la región, y en nuestra querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

El pasado 10 de diciembre se cumplieron setenta años de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de la Naciones Unidas. Este documento, que marca un hito en la historia de los derechos humanos, fue proclamado el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París como un ideal común a toda la humanidad. Allí se establecieron por primera vez, a través de sus treinta artículos, los derechos humanos fundamentales como estándar común a ser alcanzado por todos los pueblos y naciones del mundo. Hoy a siete décadas de aquella histórica aprobación queremos recatar los valores de igualdad, justicia y dignidad humana contenidos en este documento con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994. Al mismo tiempo, y sin negar la importancia de este tipo de instrumentos internacionales de derechos humanos, instamos desde esta publicación a la cultura jurídica en general, a sus operadores y a la política a no detener nunca la lucha por la implementación efectiva de los derechos fundamentales.

A nivel regional nos preocupa que en materia de derechos humanos, las propuestas políticas de derecha como la recientemente triunfante en la hermana república de Brasil, nos conduzcan a un retroceso en la calidad de vida de nuestros pueblos y en una disminución de las libertades alcanzadas luego de una larga lucha.

Respecto de la efectivización de los derechos de un sector vulnerable de la población se conoció el informe de UNICEF según el cual el 48 % de los niños, niñas y adolescentes de la Argentina son pobres (Informe UNICEF; Pobreza monetaria y privaciones no monetarias en Argentina, 2018¹). En dicho informe respecto de nuestro país, se presentan preocupantes estimaciones sobre la pobreza monetaria y privaciones no monetarias para niñas, niños y adolescentes y para la población general, usando la última información oficial disponible correspondiente al primer semestre del año 2018, de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC).

El análisis de privaciones no monetarias toma en cuenta distintas dimensiones que vulneran los derechos en la infancia y adolescencia y determinan situaciones de pobreza: educación, protección social, vivienda adecuada, saneamiento básico, acceso al agua segura y un hábitat seguro. Los datos revelan que la pobreza entre las personas menores de 18 años alcanza un valor de 48% y se sitúa 10 puntos por encima de la población en general (38%): esto es 6,3 millones de niñas y niños que ven vulnerado el ejercicio efectivo de sus derechos.

Estos valores son aún más altos en aquellos hogares donde el jefe o jefa tienen bajos niveles educativos y empleos informales, o se encuentra desempleado. En particular, la pobreza infantil es mucho más elevada en los hogares monoparentales que cuentan con una única proveedora de ingresos que, además, debe asumir las tareas domésticas y de cuidado.

En un contexto de elevada vulnerabilidad, el organismo resalta la importancia de las transferencias monetarias como la Asignación Universal por Hijo que reducen -en promedio- un 31% la pobreza monetaria extrema en niñas y niños. UNICEF afirma que el impacto podría ser más importante si se

¹ <https://www.unicef.org/argentina/informes/pobreza-monetaria-y-privaciones-no-monetarias-en-argentina>.

revisaran las condicionalidades que se exigen a la población que, en muchos casos, cumple con los requisitos, pero enfrenta obstáculos importantes para certificarlo (distancias a los centros urbanos, costos de traslado elevados, entre otras limitaciones).

El informe pone de relieve la necesidad de definir una metodología oficial que capture el carácter multifacético de la pobreza sobre la base de estadísticas periódicas, consensuadas y avaladas por académicos, organismos internacionales, centros de investigación y actores de gobierno. UNICEF aboga para que el Estado adopte todas las medidas administrativas, legislativas y presupuestarias para hacer efectivos los derechos de la niñez y la adolescencia, particularmente en el contexto económico actual.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales publicó recientemente su Cuarto Informe sobre el cumplimiento de la República Argentina del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En él planteó sus principales preocupaciones y recomendaciones aludiendo diferentes temáticas:

Medidas de austeridad: Al respecto expresó su preocupación por la reducción de los niveles de protección efectiva de los derechos consagrados en el Pacto, en particular para las personas y grupos desfavorecidos, como consecuencia de la inflación y las medidas de austeridad. Asimismo, y dado que en el marco del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional el Gobierno prevé un objetivo de déficit cero para 2019, le preocupa que se agudice el recorte del gasto social

Marco Institucional de la Política Social: Sobre este punto alertó sobre los riesgos del descenso de ministerios clave para la implementación de los derechos del Pacto al rango de secretarías de Estado, y recomendó que se garanticen su autonomía, funciones y que se aumenten los presupuestos, especialmente en materia de salud, trabajo y medio ambiente.

Vacante de la Defensoría del Pueblo: Lamentó que esta vacante clave para los derechos, económicos, sociales y culturales, no se haya resuelto a pesar de la recomendación del año

2011. Recomendó que se active el procedimiento de selección y nominación de acuerdo a las recomendaciones emitidas en el 2017 por el Comité subsidiario de la Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

Datos estadísticos: El Comité mostró preocupación por la falta de un sistema nacional de estadística que asegure datos fiables y desglosados, necesarios para el monitoreo de la realización progresiva de los derechos del Pacto.

Cambio climático y obligaciones extraterritoriales: Señaló su preocupación por los planes de explotación a gran escala de combustibles fósiles no convencionales (gas de esquisto y petróleo de esquisto) mediante fracturación hidráulica en la región de Vaca Muerta en la provincia de Neuquén.

Defensores de derechos humanos y protesta social: Mostró preocupación por los reportes de amenazas y violencia contra los defensores de derechos humanos de los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, con una tendencia a la confrontación violenta y criminalización de quienes solicitan la restitución de los territorios indígenas y recomendó la adopción de una política integral de protección de los defensores de derechos humanos.

Pueblos indígenas y territorios: Planteó su preocupación por la falta de cumplimiento integral con el relevamiento sobre comunidades indígenas, la demarcación de sus territorios, y la prohibición de desalojos de tierras de las comunidades indígenas, (Ley 26.160.) Señaló también que aún no se ha previsto mecanismo para la titularización de las tierras ancestralmente ocupadas por los pueblos.

El derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado: Al respecto expresó su preocupación por la reiterada vulneración del derecho de los pueblos indígenas a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, en particular en las actividades extractivas que tienen lugar en las provincias de Jujuy, Salta, Neuquén y Chubut. Recomendó que para la

aplicación del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado use los protocolos elaborados y acordados con los pueblos indígenas, teniendo en cuenta las especificidades de cada pueblo y cada caso.

Política fiscal y desigualdad: También señaló su preocupación por la adopción de ciertas medidas tributarias, como la reducción de la carga impositiva para grupos sociales de alto ingreso o el mantenimiento de exenciones tributarias injustificadas, que reduzcan la capacidad redistributiva del sistema fiscal y limiten la obtención de los recursos necesarios para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

No Discriminación: Si bien reconoce la adopción del Plan Nacional contra la Discriminación, se lamenta entre otras cosas el incumplimiento de la cuota de empleados transexuales en el sector público de la Provincia de Buenos Aires y recomienda asegurar recursos económicos y humanos para aplicar plenamente la Ley Nacional de Identidad de Género.

Migrantes: Recomendó al Estado eliminar las barreras legales y administrativas que impiden el acceso a las políticas sociales de los migrantes, facilitar su regularización y flexibilizar el requisito de residencia legal para acceder a la Asignación Universal por Hijo.

Igualdad entre hombres y mujeres: Alertó sobre la baja tasa de participación laboral de las mujeres, quienes asumen el trabajo no remunerado de cuidado de la familia, y señaló su preocupación por los desiguales avances en materia social y territorial, hacia la provisión universal de servicios sociales e infraestructura destinada al cuidado de niños y adultos mayores, que impacta de manera negativa en la igualdad entre hombres y mujeres y la inserción laboral de las mujeres sobre todo de las de menores ingresos.

En este sentido, recomendó al Estado fortalecer y extender un sistema público de cuidados integral que elimine las brechas sociales y territoriales, a través de la efectiva implementación del plan de igualdad de oportunidades.

Desempleo: Notó el aumento del desempleo a lo largo de los últimos cinco años y el alarmante incremento de los índices de desocupación en el primer trimestre del año 2018, que afecta de manera desproporcionada a grupos desfavorecidos, en particular a los jóvenes, las mujeres y los habitantes de zonas rurales. Sobre el particular, recomendó al Estado que siga evaluando el impacto de las medidas de ajustes estructurales sobre el empleo.

Libertad sindical: Señaló preocupación por la reducción en la inscripción de sindicatos y las interferencias de autoridades públicas en la vida de las organizaciones en particular de sectores como educación, trabajadores agrícolas, trabajadores estatales y transporte. También en torno a la intervención en materia de elecciones de las autoridades de los sindicatos, derecho a la negociación colectiva, acceso a financiación e intimidación con el uso desproporcionado de multas.

Sector informal de la economía: Destacó el número significativo de trabajadores que laboran en el sector informal de la economía en el Estado y que no están debidamente protegidos por la legislación laboral, incluyendo la falta de acceso al derecho a la seguridad social.

Derecho a la seguridad social: Se mostró particularmente preocupado por el impacto negativo que la ley 27426 de Reforma Previsional tiene en la actualización de las jubilaciones y asignaciones familiares. Asimismo advierte sobre la masiva suspensión de las pensiones no contributivas a personas con discapacidad sin adecuada garantía del debido proceso.

Violencia contra la mujer: Si bien reconoce cierto avance de políticas en este sentido durante la última década, recomienda establecer partidas presupuestarias específicas y suficientes para la implementación de servicios de patrocinio gratuito y especializado para las mujeres en todo el país e intensificar las medidas que garanticen la plena investigación, sanción y reparación de los hechos de violencia; garantizar la plena protección a las mujeres; y redoblar los esfuerzos para contar con

un sistema de información que proporcione evidencia sobre los niños y adolescentes que requieren protección especial.

Trata: Señala que la mayor parte de los dispositivos de lucha contra la trata de mujeres adoptados por el Estado parte están orientados a la atención de emergencia y no se cuenta con asistencia sostenida de mediano o largo plazo para las víctimas. También muestra preocupación por los obstáculos en el acceso a la justicia y a una reparación efectiva, así como el limitado número de casos de condenas de los máximos responsables de estos crímenes, con condenas que recaen en personas con menor responsabilidad y en muchos casos, incluso en las víctimas.

Pobreza: Plantea su preocupación ante la pobreza estructural, que se mantiene a un piso del 25-30% de la población, y el dato de más de 5 millones de niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza y el impacto negativo de la devaluación e inflación en la pobreza y la desigualdad. Asimismo, destaca el impacto negativo de los aumentos masivos en las tarifas de los servicios básicos (agua, gas, electricidad, transporte y medicamentos) en los grupos desfavorecidos, así como en las clases medias y que los aumentos del salario mínimo y de la Asignación Universal por Hijo no permitan compensar la inflación.

Alimentación: Sobre el punto lamenta la ausencia de un reconocimiento y protección constitucional explícitos del derecho a la alimentación, la falta de implementación de la Ley N° 27118, los cortes presupuestarios y de personal en el sector de la agricultura familiar y el aumento de personas que dependen de los comedores escolares y comunitarios. También advierte sobre los índices de sobrepeso y obesidad, la ausencia de medidas estatales para disminuir el consumo de bebidas azucaradas y la falta de una regulación adecuada para restringir la publicidad de alimentos no saludables

Vivienda: Entre otras cosas, señala la existencia de más de 4.000 asentamientos informales y que más del 10% de las viviendas carezcan de conexión de agua potable y más del 30%

de servicios de alcantarillado. Destacó su preocupación por la subsistencia de un marco normativo inapropiado para los desalojos y por las denuncias documentadas de desalojos que, en ausencia de protocolos de actuación de las fuerzas públicas, fueron realizados con violencia.

Salud : Remarcó el deterioro de la infraestructura de salud en ciertas regiones del Estado, con el potencial de empeorarse en caso de recortes adicionales en los presupuestos de salud y el posible debilitamiento de la función supervisora del Estado nacional por el descenso del ministerio de salud al rango de secretaría de Estado. También indicó el impacto negativo sobre la salud del alto consumo de tabaco, el nivel insuficiente de los impuestos sobre el tabaco y la precaria regulación sobre las campañas de publicidad.

Salud Mental: Cuestionó que el encierro en instituciones psiquiátricas sigue siendo la principal respuesta del Estado en la materia, así como también la reducción del presupuesto a la Dirección Nacional de Salud Mental, incumpliendo con las pautas legalmente fijadas.

Derechos sexuales y reproductivos: Expresó su preocupación por los altos números de abortos peligrosos, los obstáculos que encuentran para acceder al aborto en las causales previstas legalmente como la falta de medicinas requeridas o el impacto negativo de la objeción de conciencia de médicos y lamentó también que no se haya aprobado la despenalización del aborto. Remarca la falta de un marco normativo e institucional para garantizar servicios de salud adecuado a las personas intersexuales.

En este punto recomienda garantizar el acceso a los medicamentos que permiten una interrupción del embarazo seguro, como el misoprostol y la mifepristona, así como también establecer el marco legal y servicios necesarios para garantizar el acceso al aborto en los casos previstos en la ley vigente, a fin de reducir el número de muertes maternas evitables, y garantizar el acceso a instalaciones, suministros y servicios de atención a la salud para satisfacer las necesidades de atención previos y posteriores al aborto.

Asimismo insta al Estado a tomar todas las medidas necesarias para liberalizar las condiciones para el aborto legal y en todo caso nunca criminalizar a las mujeres que recurren al aborto

Agricultura, medio ambiente sano y salud: Se mostró muy preocupado por el aumento en el uso de pesticidas y herbicidas, a pesar de los graves impactos adversos a la salud y al medio ambiente de muchos de ellos, en especial del glifosato, señalado como probablemente carcinógeno por la Agencia Internacional para la Investigación sobre el Cáncer de la OMS .

Educación: Si bien toma nota del compromiso del Estado para garantizar un gasto social del 6% del producto interno bruto para la educación, remarcó su preocupación por los posibles recortes en el gasto social para la educación en el marco de las medidas de ajuste estructurales. Entre otros problemas, señaló la deficiencia en la implementación del programa de educación sexual integral la falta de datos sobre la educación intercultural bilingüe.

Derechos culturales: Indicó la importancia de la preservación de los idiomas indígenas, que afecta directamente y de manera irreversible el ejercicio de los derechos culturales por parte de los pueblos indígenas. También cuestionó la falta de participación de la población en la gestión de los patrimonios culturales de la humanidad. Por último expresó preocupación por la alta concentración de los medios comunicación en manos de unos pocos, que limita el pluralismo y dificulta el acceso a licencias y financiamiento para desarrollar medios de comunicación audiovisual de grupos desfavorecidos y de los pueblos indígenas.

Seguimiento: Finalmente, de conformidad con el procedimiento de seguimiento de las observaciones finales, el Comité solicitó al Estado que, en el plazo de 24 meses proporcione información sobre la aplicación de las recomendaciones formuladas en cuanto a las medidas de austeridad, territorios indígenas y protocolos de aborto legal.

A las citadas evaluaciones de organismo internacionales respecto del grado de cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino respecto de su deber

de garantizar derechos humanos fundamentales, se suma una evaluación de las promesas de campañas de la Alianza Cambiemos realizada por la consultora *chequeado.com* (Chequeado es el principal proyecto de Fundación La Voz Pública. Es un medio digital no partidario y sin fines de lucro que se dedica a la verificación del discurso público y la promoción del acceso a la información y la apertura de datos.)

Según publica este medio digital no partidario en su página web, el presidente de la Nación, Mauricio Macri, está aplazado en promesas de campaña. Sólo cumplió dos de 20 seleccionadas -18 de ellas dichas durante el debate presidencial pre balotaje y dos elegidas por la gente en las redes sociales como “las más memorables”-, que Chequeado analizó por tercer año consecutivo. De las 20, seis fueron calificadas como “Incumplida”, seis “En Proceso, Demorada”; seis “En Proceso, Adelantada” y dos, “Cumplida”².

Indican que el Gobierno registró retrocesos desde el chequeo de las promesas de hace un año: entonces dos promesas estaban incumplidas, mientras que hoy son seis las que permanecen en esa categoría. Además, no aumentó la cantidad de promesas cumplidas, que se mantienen en dos desde el primer año de gestión de Cambiemos, ni tampoco las promesas que se encuentran adelantadas.

Para Chequeado.com; entre las incumplidas están la promesa de que los trabajadores no pagarán más el impuesto a las Ganancias; la construcción de tres mil jardines de infantes; “crear trabajo, cuidando el que tenemos”; alcanzar la “pobreza cero”; bajar la inflación a un dígito e implementar la computadora en primer grado, como había hecho Macri en la Ciudad cuando era jefe de Gobierno. En los casos en los que las promesas pasaron de estar “en proceso” a “incumplida”, el cambio se debió a que los datos demuestran que la situación avanzó en la dirección contraria (Ganancias, crear trabajo, pobreza e inflación) o el mismo

² www.chequeado.com.

Gobierno admitió que no cumplirá con el anuncio realizado (tres mil jardines y computadora en primer grado).

Finalmente sostienen que, en el caso de la pobreza, luego de un aumento durante el primer año de la gestión de Cambiemos y una baja durante el segundo, este año el indicador comenzó a subir nuevamente. Las fuentes varían en sus estimaciones pero coinciden en que el dato del segundo semestre estará por arriba de la pobreza que recibió Macri y la que tuvo en 2016. La inflación en 2018 aumentó nuevamente y superó a la que había recibido el actual Gobierno a fines de 2015. Además, cuando finalice el primer mandato de Macri a fines de 2019, la inflación sería del 23% según las proyecciones oficiales y el Presidente había prometido llegar a un dígito.³

Una noticia del ámbito jurisprudencial a destacar por su impacto es que la Corte Suprema dictó sentencia el 18 de diciembre pasado en la causa iniciada por el jubilado Lucio Orlando Blanco y ratificó la aplicación del índice “ISBIC” para la actualización de las jubilaciones. La sentencia sienta un precedente favorable al reclamo de los jubilados que deberá ser aplicado a las causas similares en trámite. Los ministros Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, en su voto conjunto, confirmaron la aplicación del precedente “Elliff” del año 2009, que estableció que las remuneraciones consideradas para el cálculo de las jubilaciones debían actualizarse por el ISBIC (índice de salarios básicos de la industria y la construcción) sin el límite temporal de la ley de convertibilidad 23.928 que la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) había fijado en su resolución 140/95. Asimismo, declararon la inconstitucionalidad de las resoluciones de ANSeS N° 56/2018 y de la Secretaría de Seguridad Social N° 1/2018 que cambiaban el índice ISBIC por la variación del RIPTE (Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables), y ordenó comunicar al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo

³ www.chequeado.com.

razonable, se fije el indicador para la actualización de los salarios computables para el cálculo del haber inicial en el período 1995-2008, ratificando que, hasta que ello ocurra, esa actualización se hará por aplicación del citado ISBIC. Consideramos auspicioso el dictado de una decisión judicial por el máximo tribunal de la Nación en defensa de los derechos de uno de los sectores sociales más castigados por el modelo neoliberal desarrollado por la alianza cambiemos desde 2016.

En las últimas semanas, el colectivo feminista logró hacerse oír y convertirse en un nuevo eje de la discusión social en Argentina, denunciando y dejando en evidencia las naturalizaciones de prácticas patriarcales de todo tipo que afectan la vida, libertad, dignidad, integridad psicológica y/o sexual de las mujeres y, específicamente en el ámbito de la justicia el uso de estereotipos de género en los procesos: en las denuncias, audiencias, valorizaciones de la prueba y por ende en las sentencias. Estos estereotipos, que se construyen desde lógicas machistas y por lo tanto violentas, que dan cuenta de la falta de perspectiva de género en la formación de las y los integrantes de los poderes del Estado.

Las mencionadas prácticas y estereotipos se replican en todos los ámbitos sociales, no escapando a ello el ámbito Universitario. El modelo patriarcal, machista y la relación de subordinación que puedan generar los docentes sobre el alumnado debe ser deconstruido y es la capacitación colectiva la que colocará a todos los integrantes de la Universidad a la altura de las circunstancias.

Es cierto que se han logrado avances, como la visibilización de estas problemáticas y la sensibilización con la temática, y en el ámbito de nuestra facultad la aprobación del Protocolo de Actuación ante Situaciones de Discriminación y/o Violencia de Género, aunque queda un largo camino por delante.

Consideramos auspicioso la incorporación en las sesiones extraordinarias del Congreso, del tratamiento del proyecto de ley de capacitación obligatoria en género para todas las

personas que integran los tres poderes del Estado (ley Micaela), hecho que se logró sin duda como repercusión de las masivas acciones impulsadas por el movimiento feminista de Argentina.

En otro orden de cosas, ponemos en conocimiento de nuestros lectores que en el pasado mes de noviembre se desarrollaron en nuestra facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales las elecciones en el claustro estudiantil. La agrupación “Estudiantes de Abogacía” (EA) resultó vencedora al imponerse frente a Franja Morada por 2756 votos para la conducción del Centro de Estudiantes. En tanto que para el Consejo Directivo de la facultad, EA -con 2641 votos- consiguió la representación por la mayoría con cuatro de los cinco consejeros del claustro estudiantil en dicho cuerpo deliberativo. Vayan nuestras felicitaciones a los vencedores a quienes les deseamos éxitos en esta nueva etapa, así como a quienes ocupan el segundo lugar y la minoría estudiantil en el Consejo Directivo y a todas las agrupaciones estudiantiles que compiten democráticamente año a año por alcanzar la representación de los estudiantes de nuestra facultad.

En lo que respecta a las cuestiones propias de nuestra revista, queremos expresar nuestro sincero agradecimiento a la profesora Marcela de Luca, quien desde el inicio de esta publicación nos acompañó con su trabajo y apoyo, ocupando hasta hoy el cargo de coordinadora en el Staff Editorial, y que por cuestiones profesionales y personales ha decidido seguir colaborando con ReDeA desde el Consejo Editorial. Muchas gracias Marcela!

Por último, entre las novedades de nuestra revista, transmitimos la alegría de haber conformado el **Consejo Académico Honorífico** integrado por los profesores **Ramón Torres Molina**, **Raúl Gustavo Ferreyra**, **Alicia Ruiz**, **Eugenio Raúl Zaffaroni** y **Paulo Bonavides**. A ellos y ella, gracias por sumarse con su experiencia y capacidad al nuevo Consejo de ReDeA.

STAFF EDITORIAL



| ENSAYOS |

Pedimos dos cervezas y un blue,
nos despedimos de la medida
como si fuéramos a perder la vida,
subimos al furor más exaltado de la inconsciencia
para tirarnos luego sobre lo que estaba por venir.
Éramos brisa, morábamos en el brillo,
nos habitaba la indócil manera
de emborracharse con el riesgo.
Los otros, que no pudimos ser,
necesitaban ser escuchados
aunque no tuvieran nada que decir.
Peligro corrimos de no recuperar
la música de la perplejidad
de tanto amar imperfecciones,
de tanto cerrar los ojos
para que las miserias del mundo desaparezcán
y aun así,
vimos a la luz morir degollada por la duda.

Autor: Norberto Antonio

Arte de la portada: Leonardo Gauna

Obra: Atardecer de ronda

Pueblo, constitución y cambio¹

People, constitution and change

Pessoas, constituição e mudança

People, constitution et changement

*Raúl Gustavo Ferreyra*² | Universidad de Buenos Aires

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 33-120

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e215>

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

Recibido: 17/09/2018

Recibido con modificaciones: 29/11/2018

Aprobado: 01/12/2018

Resumen: El poder ciudadano constituyente puede construir una comunidad. Dicho poder reside en la participación libre de ciudadanos iguales, que sean capaces de decidir y discernir sobre los programas y elegir a la luz del día, en comicios auténticos, quienes han de ser sus representantes políticos que fundarán o cambiarán la norma suprema de la comunidad que propicia su existencia y cognición. La producción democrática de la Constitución, aunque caracteriza su naturaleza ineludible respecto de la parición jurídica, no presupone –ni mucho menos- una ciudadanía enteramente democrática en su ejercicio, aplicación o realización. La experiencia demuestra significativos actos de crueldad con los enunciados imperativos del poder constituyente originario. Por eso, el abuso de poder, bajo cualquier forma (prohibir elecciones, prohibir la protesta, anular o menguar la división de poderes, evitar el debate congresual, impedir la libertad de expresión, perseguir por vía jurisdiccional –sin fundamentos- a ciudadanos opositores, desfinanciar los partidos políticos,

¹ Dedicado al Prof. Dr. Paulo Bonavides, jurista eminente y decano de las letras jurídicas en América del Sud.

² Abogado. Profesor titular Derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Post doctor en Derecho, Facultad de Derecho (UBA). rgferreyra@derecho.uba.ar

legislar o determinar políticas públicas por intermedio de la jurisdicción, proscripción política, etc.), supone actuaciones contra la democracia que desgarran cualquier posibilidad de edificación de la ciudadanía; en otras palabras: el negacionismo de una ciudadanía democrática. Negar el ejercicio del poder ciudadano puede constituir una verdadera catástrofe y el desguace del Estado Constitucional.

Palabras claves: Ciudadano; Poder; Estado constitucional; Cambio jurídico; Abuso del Poder.

Abstract: Constituent citizen power can build a community. Such power resides in the free participation of equal citizens, who are capable of deciding and discerning about programs and choosing in the light of day, in authentic elections, who must be their political representatives who will found or change the supreme norm of the community that fosters their existence and cognition. The democratic production of the Constitution, although it characterizes its unavoidable nature with respect to juridical partition, does not presuppose - much less - an entirely democratic citizenship in its exercise, application or realization. Experience shows significant acts of cruelty to the imperatives of original constituent power. Therefore, the abuse of power, in any form (prohibiting elections, prohibiting protest, nullifying or diminishing the division of powers, avoiding congressional debate, preventing freedom of expression, pursuing opposition citizens by jurisdictional means -without foundations-, defunding political parties, legislating or determining public policies through jurisdiction, political proscription, etc.), implies actions against democracy that tear at any possibility of building citizenship; in other words: the negationism of a democratic citizenship. Denying the exercise of citizen power can constitute a true catastrophe and the dismantling of the Constitutional State

Keywords: Citizen; Power; Constitutional State; Juridical Change; Abuse of Power.

Resumo: O poder cidadão constituinte pode construir uma comunidade. Esse poder reside na livre participação de cidadãos iguais, capazes de decidir e discernir sobre os programas e escolher à luz do dia, em comícios autênticos, quem devem ser seus representantes políticos que fundarão ou mudarão a norma suprema da comunidade que propicia sua existência e cognição. A produção democrática da Constituição, embora

caracterize sua natureza inevitável em relação ao nascimento jurídico, não pressupõe - muito menos - uma cidadania inteiramente democrática em seu exercício, aplicação ou realização. A experiência demonstra atos significativos de crueldade com as declarações imperativas do poder constituinte originário. Portanto, o abuso de poder, em qualquer forma (proibir eleições, proibir protestos, anular ou diminuir a divisão de poderes, evitar o debate no Congresso, impedir a liberdade de expressão, perseguir judicialmente –sem fundamento- cidadãos opositores, desfinanciamento os partidos políticos, legislar ou determinar políticas públicas através da jurisdição, proscricção política, etc.), supõe ações contra a democracia que rasguem qualquer possibilidade de edificação da cidadania; em outras palavras: o negacionismo de uma cidadania democrática. Negar o exercício do poder cidadão pode constituir uma verdadeira catástrofe e o desmantelamento do Estado constitucional.

Palavras-chave: Cidadão. Poder. Estado constitucional. Muda jurídica. Abuso de poder

Résumé: Le pouvoir constituant des citoyens peut construire une communauté. Ce pouvoir réside dans la libre participation de citoyens égaux, capables de décider et de discerner les programmes et de choisir à la lumière du jour, a travers élections authentiques, ceux qui doivent être leurs représentants politiques, ceux qui fonderont ou modifieront la loi suprême de la communauté, cela qui favorise son existence et sa connaissance. La production démocratique de la Constitution, même si elle caractérise son caractère incontournable en ce qui concerne la naissance légale, ne présuppose pas - et encore moins - une citoyenneté entièrement démocratique dans son exercice, son application ou sa réalisation. L'expérience montre des actes importants de cruauté avec les déclarations impératives du pouvoir constituant originaire. Par conséquent, l'abus de pouvoir, sous n'importe quelle forme que ce soit (interdire les élections, interdire les manifestations, annuler ou réduire la division des pouvoirs, éviter les débats au Congrès, entraver la liberté d'expression, poursuivre en justice des citoyens opposants sans motif, l'interruption ou diminution du financement de partis politiques, la légalisation ou la détermination de politiques publiques par la juridiction, l'interdiction politique, etc.), supposent des actions contre la démocratie qui déchirent toute possibilité d'édification de la citoyenneté; autrement dit: le déni d'une citoyenneté démocratique. La négation de l'exercice du pouvoir

citoyen peut constituer une véritable catastrophe et le démantèlement de l'État constitutionnel.

Mot-clés: Citoyen, Pouvoir; Etat constitutionnel; Changement juridique; Abus de pouvoir

El coronel no leyó los titulares. Hizo un esfuerzo para reaccionar contra su estómago. «Desde que hay censura los periódicos no hablan sino de Europa», dijo. «Lo mejor será que los europeos se vengan para acá y que nosotros nos vayamos para Europa. Así sabrá todo el mundo lo que pasa en su respectivo país.»

—Para los europeos América del Sud es un hombre de bigotes, con una guitarra y un revólver —dijo el médico, riendo sobre el periódico—. No entienden el problema.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel: *El coronel no tiene quien le escriba*, Editorial La Oveja Negra, Bogotá, 5ª edición colombiana, Bogotá, 1981, p. 24.

La América del Sud es a la vez rica y miserable. Es rica por la manera de ser de su suelo. Es pobre por el modo de ser de su pueblo. La riqueza propiamente tal es la obra combinada del suelo y del hombre. Por rico que un territorio sea, el pueblo que lo habita será pobre si no sabe sacar de su seno la riqueza que contiene en germen por la obra de su trabajo inteligente y enérgico. Enseñar al pueblo a crear la riqueza es enseñarle a ser fuerte y libre. La riqueza es poder y libertad; y el autor de su riqueza es uno mismo. En esa enseñanza consiste la parte principal de su educación por el presente. Esa es la educación que el pueblo de Sudamérica necesita y no recibe.

ALBERDI, Juan Bautista: *Escritos póstumos (Estudios económicos)*, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1895, p. 499.

§ I. Contexto

La construcción del constitucionalismo dentro de los Estados sudamericanos, en pleno siglo XXI, constituye una tarea cotidiana que se enlaza con la organización democrática en garantía de la paz. Los órdenes jurídicos de cada uno de los Estados de América del Sud (subcontinente con más de 18.000.000 kilómetros cuadrados de superficie y más de 400.000.000 de habitantes) disponen de un escalonamiento jerárquico y emplazan a la Constitución como base; un instrumento indisponible del sistema de fuentes, porque se trata de un bien colectivo de la ciudadanía.

El Derecho constituyente de cada uno de los Estados de América del Sud contiene, en la actualidad, casi todas las definiciones conocidas en el comparatismo constitucionalista mundial. Si se compilaran las Constituciones sudamericanas en vigencia, cuyo resultado se expresaría en más de 1.500 páginas de enunciados normativos y no normativos, se descubriría que casi todo ha sido concebido en esta parte del mundo. Las excepciones pueden ser agrupadas en cuatro carencias notorias: *a*) la consolidación de un sistema de gobierno parlamentario; *b*) mecanismos de controles racionales, cruzados y efectivos para evitar la desmesura del Poder Ejecutivo; *c*) un control de constitucionalidad no jurisdiccional y preventivo, o un control de constitucionalidad jurisdiccional cuya última palabra reposare en el Congreso, Asamblea o cuerpo electoral; y *d*) la posibilidad de transferencia o cesión de competencias soberanas a instituciones interestatales con nivel semejante a la Constitución.

Luego de 200 años, desde la independencia del yugo colonial europeo, la ordenación constitucional, en cada uno de estos países, exhibe un momento de notable riqueza conceptual. América del Sud no necesitaría importar doctrinas o dogmas constitucionalistas. Tampoco se debería copiar jurisprudencia, ni siquiera fórmulas laberínticas que, atractivas donde son producidas y vulgarizadas, dejan de serlo por las propiedades congénitas de nuestra indisimulable e irreversible situación

periférica respecto de los centros de poder mundialmente globalizados (EE. UU., Europa y China: verdaderos núcleos de la economía y las finanzas del mundo).

Esta condición ubica a los sudamericanos en una paradigmática lucha por el Derecho a nivel mundial, lucha que debería orientarse a concretar una aspiración mínima: invertir el hecho de que 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”³. La referencia, desde luego, amerita a los sujetos naturales desposeídos: pobres y vulnerables.

No es mi intención hacer un proyecto jurídico de “Estado constitucional” para el subcontinente. Juzgo que debe distinguirse el capital jurídico que se conjuga en todas y cada una de las leyes fundamentales. Tal conocimiento fomenta hoy, sin dudas, la realización de una dogmática constitucional, de cuño sudamericana, tan propia como apropiada. Si la filosofía en la Grecia antigua despertó, hace más de 25 siglos, en el mismo momento que un hombre preguntó por otro hombre que había sentado a su lado, antes que la observación o contemplación de la naturaleza, entonces la alteridad de la existencia contemporánea nos obliga a pensar y repensar, también, a cada uno de los sudamericanos, sentado uno al lado del otro, dentro de los límites generosos de nuestro subcontinente. “Nos obliga” –sostengo– a proponer nuestro propio, único, exclusivo y excluyente pensamiento jurídico-constitucional, que con fuertes rasgos de inclusión cultural, social, económica y política, signifique el punto de partida de un constitucionalismo de ciudadanos. La inclusión ciudadana, en rechazo indeclinable a cualquier modelo de exclusión, debería ser el faro del desarrollo constitucionalista.

Me concentro en este estudio en un fragmento del Derecho constitucional positivo vigente en América del Sud: no pretendo

³ ZAFFARONI, E. Raúl: “Estado gendarme o Estado fraterno”, en *La Tecl@ Eñe Revista de Cultura y Política*, disponible en <https://lateclaenerevista.com/2018/01/18/estado-gendarme-o-estado-fraterno/>, consultado por última vez el 10/7/2018.

ni mucho menos glorificar el ejercicio de la función narrativa al elegir a la República de Colombia, con su territorio de casi 1.200.000 kilómetros cuadrados y su población cercana a los 50.000.000 de seres humanos.

La República de Colombia tiene fundamentos “elaborados”⁴, sobrios y apropiados en su texto constitucional en vigor, nacido en 1991, para fundar la paz, entendida como una edificación perenne de los seres humanos⁵. El ámbito de la escritura se refiere principalmente a Colombia, dentro del marco de ordenación prescrito por la Constitución Política de 1991 (en adelante, CPC 1991). Sin embargo, espero que pueda ser útil para desarrollar, genuinamente, inferencias que más temprano que tarde sean susceptibles de tipificar aspectos sobre la “identidad” del Derecho constitucional comparado en América del Sud. Por consiguiente, dentro del contexto sudamericano y en su seno –el subcontexto colombiano– estoy decidido, aquí, a describir y justificar la siguiente “tesis primitiva”:

⁴ V. MARQUARDT, Bernd: *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010). Historia constitucional comparada*, t. 2, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, p. 303.

⁵ En este ensayo, el término “ser humano” se utiliza 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, digo, 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: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Además, justifico de antemano que, al apelar a “persona humana” o “persona natural” en el mismo sentido que “persona”, aunque *prima facie* pareciera sobreabundante a partir de lo antedicho, no lo es, en tanto y en cuanto se reputa que lo hago para despejar cualquier sospecha que el lector pudiese tener o imaginar sobre “personas artificiales”, entidades ideales, cuya ficción resulta siempre fundada, fecundamente, por el Derecho. Como se aprecia más adelante, en la sección § III, las personas naturales o humanas son las fundadoras del Derecho y no dependen, jamás, de su fecundidad para existir. También existen normas que preexistentes al bautismo jurídico de la Convención. Destaco dos enunciados que se han erigido, históricamente, en un sostén de la dignidad y la igualdad jurídica de los seres humanos: i) el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”; y ii) el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948), “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. La CPC 1991 se ha inscrito en la aludida canonización del ser humano. En el art. 14 se dispone que: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

La dirección suprema de la ordenación estatal debe residir en los ciudadanos que integran el pueblo, quienes, por lo general, poseen ideas diversas y muchas veces no coincidentes. La ejercen por representación (intermediada siempre por el sufragio y el representante) u, ocasionalmente, en forma directa. En sentido formal, un ciudadano es un elector, porque puede participar en la producción de la suma regla, a condición de que sea convocado y se confiera reconocimiento a determinados derechos básicos. Pese a la inexistencia del mandato imperativo, la ilusión de la democracia directa lleva a considerar que cada ciudadano tiene una “millonésima” cuota del poder para hacer la Constitución, reformarla y, sobre todo, intentar una defensa contra los abusos de las autoridades constituidas a cargo de los poderes públicos y de los cada vez más emergentes poderes privados.

El empleo de esta afirmación capital para la discusión teórica y dogmática encierra dos dimensiones. Por un lado, debe ser asumida como definición o postulado. Por otro lado, eso no inhibe el tendido paralelo de una red para recoger su explicación racional y su dominio ulterior, con la decidida tendencia de que la “malla sea cada vez más fina”⁶.

§ II. Estrategia argumentativa

En las secciones III y IV se cumple la tarea, en paralelo, dentro de la comprensión de dos niveles del saber jurídico constitucional: el “teórico” y el “dogmático”. Al comienzo de cada sección se realiza una presentación compendiada de premisas teóricas. Inmediatamente, se cumple con la descripción exclusiva de la normatividad de la CPC 1991, cuyos “principios” y “reglas”⁷ –pertinentes y bajo escrutinio– son, o bien directa-

⁶ POPPER, Karl R.: *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1962, p. 58.

⁷ En este escrito no asumo la distinción entre “principios” y “reglas”, ni en sentido fuerte ni en sentido débil. No significa que la distinción no posea fundamento; simplemente, es

mente aplicables, o aplicables tras construir otras disposiciones jurídicas a partir de sus prescripciones.

En las argumentaciones teóricas –subsecciones III.A, IV.A– no se contempla, en particular, un orden positivo constitucional determinado; a continuación de cada una –en las secciones III.B y IV.B, respectivamente– realizo una tarea dogmática que se nutre de las teóricas y, de este modo, describo las cualidades elementales, según se refiere en la CPC de 1991, sobre “pueblo y ciudadanía”, sobre “autoridad de la Constitución” y sobre su protocolo de “variación”. En la sección IV.C, al tratarse de un “Interludio” íntimamente conectado con la sección IV (en especial, la reforma constitucional), desarrollo, al mismo tiempo, argumentaciones dogmáticas, teóricas y de doctrina de naturaleza jurisdiccional.

El método elegido se encuentra fundado en el hecho de que los seres humanos, en particular los ciudadanos, constituyen el primer motor del Estado constitucional⁸, porque ellos

preciso señalar que tiene un alcance y un contenido explicativo bastante más reducido del que se le asocia, dado que la mayor parte de los principios, tendencialmente, se comportan como las reglas, porque también son “Derecho sobre Derecho” (Derecho constitucional sobre Derecho inferior a la Constitución), portadores de sana normatividad y que se emplazan en la cima del orden jurídico del Estado. Quizá podría aducirse que los “principios” evocan a menudo supuestos de hecho o insinúan situaciones o relaciones fácticas más abiertos que las “reglas”, pero de allí no puede ni debe inferirse ninguna consecuencia jurídica diferente, porque –repito– las consecuencias de unos (los principios) y otras (las reglas) son siempre prescriptivas, ordenan su realización, dado que se orientan a dentro del marco de la normatividad del Derecho. Además, tanto principios como reglas contienen directrices o patrones sobre la determinación de conductas de personas y servidores públicos, cuyo cumplimiento resulta jurídicamente ineludible. Por último, la función normativa de los principios y de las reglas, en general, resulta acatada sin distinciones respecto del campo de cada uno de ellos por los destinatarios de los enunciados constitucionales: personas y servidores públicos. Sigo, en general, la consistente tesis de FERRAJOLI, Luigi: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 11-50.

⁸ Peter HÄBERLE ha observado que quizás la formulación “más distinguida” de los textos constitucionales relativos a la ciudadanía sea la del Preámbulo de la Constitución de Brandeburgo (1992): “*We, the citizens of the Land of Brandenburg, have given ourselves this Constitution in free self-determination*”. ¡Los ciudadanos se sitúan en lugar del pueblo como poder constituyente! ¡Una despedida de [Juan Jacobo] Rousseau!”. V. HÄBERLE, Peter:

son los artífices de los artefactos: “Estado” y su fundamento inseparable, la Constitución. Se entiende por “Estado constitucional” todo ente que congrega en su composición dos elementos constituyentes naturales (territorio y pueblo) y dos elementos constituyentes no naturales (poder y Constitución); su directriz básica es que todo el Derecho debe ser Derecho genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo.

En la sección III trato uno de los elementos naturales, el pueblo integrado por ciudadanos. En sección siguiente (IV), la Constitución y su reforma. Y en la subsección IV.C, un fenómeno típicamente colombiano: la doctrina de la inconstitucionalidad del acto reformatorio de la Ley mayor por “sustitución”. Procedo de dicho modo porque, como se verá, el artefacto (Constitución) siempre es creado (o reformado) por su artífice (los representantes de los ciudadanos que integran el pueblo).

En la sección V formulo los comentarios de cierre.

§ III. Pueblo y ciudadano. Premisas teóricas. Descripción de la Constitución Política de Colombia de 1991

III.A. Propositiones dogmáticas

1. El pueblo, como elemento natural del Estado, es un sujeto jurídico colectivo integrado por el conjunto de personas que quedan sometidas a un orden jurídico determinado e instituido. Cada uno de los integrantes del pueblo es un sujeto individual, natural e insustituible, llámese “nativo”, “ciudadano” o “extranjero”.

2. El pueblo de un Estado, por lo general, puede ser comprendido desde dos perspectivas, una genérica y otra más estricta. Así, “pueblo”, en el primero de los sentidos, hace referencia a los nativos (nacidos en ese determinado lugar, empero,

“Ciudadanía a través de la educación como objetivo europeo”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 4, n° 7, 2006, p. 107.

todavía, no son ciudadanos) y también a los ciudadanos, porque tienen un rasgo distintivo, la titularidad de derechos y deberes políticos. Además, deben incluirse los extranjeros que habitan en el territorio del Estado, quienes, por lo general, gozan de una gama de derechos civiles, sociales y de libertad, pero no disponen de derechos políticos como un ciudadano.

En un sentido más restringido, “pueblo” abarca solamente a los ciudadanos, personas que poseen soberanía sobre su propio itinerario vital, y por eso comparten la titularidad y el ejercicio de la autodeterminación política comunitaria⁹ con todos sus conciudadanos semejantes. En esta subsección me ocupo de esta última noción: el pueblo integrado por ciudadanos, personas individuales que comparten y concurren, básicamente, con otros conciudadanos, en las mismas situaciones y relaciones jurídicas, que se constituyen para todos con igual forma y contenido básico.

3. Uno de los méritos que pueden ser vislumbrados como eternos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (DDHC)¹⁰ consiste en la distinción realizada

⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) de las Naciones Unidas define en su art. 1.1. “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”. Pareciera que la titularidad del derecho debería ser interpretada como asentada en el sujeto colectivo: “pueblo”. Sin embargo, desde que el pueblo no puede existir sin la suma de las individualidades de cada una de las personas naturales que lo integran, porque es su constituyente elemental, no cabe desechar ni dejar de inferir, también, una titularidad individual del derecho de autodeterminación que coexiste con la apuntada naturaleza colectiva. Seré más decidido, todavía: un ente soberano, el Estado, no puede existir de la nada ni nacer por reproducción natural o generarse de manera mágica, ya que es un artificio, pura invención y consecuente fundación de los seres humanos. Su soberanía política sólo puede ser explicada a partir de la soberanía de los millones de individuos que deciden su creación, desarrollo y mantenimiento.

¹⁰ Desde el prólogo de la DDHC se orienta o establece una distinción entre “derechos del hombre” y “derechos del ciudadano”. El texto que se reproduce, aunque contiene los dos términos (“hombre” y “ciudadano”), no tiene la contundencia explicativa que sí se puede apreciar dentro de la textura del articulado de la DDHC. Se lee, pues, en la introducción: “Los Representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menoscabo de los derechos del *hombre* son las únicas causas

entre “derechos de la personalidad” –que invisten a todo ser humano y del que son titulares en cuanto individuo o persona natural– y los “derechos de ciudadanía” –que sólo pueden titularizar determinadas personas en cuanto ciudadanos.

Derechos del hombre:

I. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

IV. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

V. La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena.

VII. Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por ésta

de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una *declaración* solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del *hombre*, para que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los *ciudadanos*, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes derechos del Hombre y del Ciudadano...” (*énfasis agregado*). Asimismo, en la obra del constitucionalista argentino SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: *Los Derechos del hombre en la revolución francesa*, México, D.F., UNAM, Dirección General de Publicaciones, 1956, pp. 97-299, se ilustran discursos y proyectos sobre la DDHC en la Asamblea Nacional francesa de 1789.

prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia.

VIII. La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada.

IX. Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido declarado convicto. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley.

X. Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aún por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley.

XI. Puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

XVII. Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa.

Derechos del ciudadano:

III. La fuente de toda soberanía reside esencialmente en la Nación; ningún individuo, ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella.

VI. La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para

proteger o para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos.

XIII. Siendo necesaria, para sostener la fuerza pública y subvenir a los gastos de administración, una contribución común, ésta debe ser distribuida equitativamente entre los ciudadanos, de acuerdo con sus facultades.

XIV. Todo ciudadano tiene derecho, ya por sí mismo o por su representante, a constatar la necesidad de la contribución pública, a consentirla libremente, a comprobar su adjudicación y a determinar su cuantía, su modo de amillaramiento, su recaudación y su duración.

Disposiciones comunes a los derechos del hombre y del ciudadano:

XII. Siendo necesaria una fuerza pública para garantizar los derechos del hombre y del ciudadano, se constituirá esta fuerza en beneficio de la comunidad, y no para el provecho particular de las personas a las que ha sido confiada.

Como se podrá apreciar, en el ámbito de la DDHC la cabal distinción entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía no se refiere a cualidades estructurales entre las dos categorías de sujetos, sino que subyace por la determinación efectuada en la formulación expresa de sus enunciados normativos. Dentro de la aludida comprensión, la diferencia entre “hombres” y “ciudadanos” resulta un elemento netamente contingente de la clase de sujetos a los que fue asignado el emplazamiento por el orden jurídico¹¹.

4. El criterio seguido para distinguir derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía responde, con pureza, a la dimensión de la subjetividad jurídica; concretamente: los alcances en su titularidad. La ciudadanía es un eje que vincula a la persona

¹¹ FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, t. 1: “Teoría del Derecho”, Madrid, Trotta, 2011, p. 691.

con su pertenencia a un Estado determinado. Desde tal comprensión, el derecho –y los deberes– de ciudadanía encierran un elemento de exclusividad y discriminación: sólo pueden ser ciudadanos las personas que determinado orden emplaza para un determinado Estado, a condición, desde luego, de su capacidad de obrar. Paralelamente, se excomulga a todas aquellas personas naturales que carecen de la posibilidad de ser emplazadas, en los términos prescritos para la relación de ciudadanía.

5. La distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano depende con exclusividad del Derecho positivo, es decir, del hecho de que haya sido conferida la titularidad a todos los seres humanos en cuanto personas naturales (derechos del hombre) y a todas las personas naturales en cuanto ciudadanos.

6. La ciudadanía se puede caracterizar a partir de la “titularidad” o singularidad del emplazamiento de la persona en el estatus de ciudadano. Nótese que también se la puede escudriñar a partir de la “estructura” de esos derechos fundamentales contenidos en la ciudadanía, más precisamente, de su naturaleza deóntica. Así, dentro del género “derechos fundamentales” Luigi Ferrajoli distingue la siguiente tipología: los derechos civiles, los derechos políticos, los derechos de libertad y los derechos sociales. Los derechos civiles y los derechos políticos son “derechos-poderes” o “derechos de autonomía”; léase: los derechos civiles, en el ámbito privado y los derechos políticos, en la esfera pública. Ambos, los derechos civiles y los derechos políticos, se caracterizan porque su ejercicio consiste en decisiones: actos jurídicos que producen consecuencias relevantes por la acción de sus titulares. Además, los derechos civiles presuponen la capacidad de obrar del titular en la esfera civil; mientras que los derechos políticos suponen semejante cualidad en la esfera de los asuntos públicos. Por su parte, los derechos de libertad y los derechos sociales son “derechos-expectativa”, dado que consisten, respectivamente, en expectativas negativas y positivas, ya que implican, por parte de los poderes públicos, prohibiciones de interferencia, en el caso de los derechos de libertad, y obligaciones de prestación, en el caso de los derechos

sociales¹². En la inmensa mayoría de los órdenes jurídicos estatales, los derechos políticos, estrictamente, se asocian a la ciudadanía y se constituyen en su ADN.

7. Repárese, sin embargo, que si bien es cierto que la interesantísima tipología sobre los “derechos” formulada por el eminente profesor de la *Università degli Studi Roma Tre* es útil para indagar respecto de la estructura deóntica de los derechos, no puede perderse de vista que es inimaginable un ejercicio de la ciudadanía sin el pleno ejercicio de los derechos de libertad, en todos sus aspectos. Ni siquiera es suficiente con los derechos de libertad para un cabal ejercicio de la ciudadanía, porque la persona puede ser libre respecto del Estado, pero sometida al aparato productivo.

Por lo tanto, la libertad política no basta, porque si a la persona se la reduce, se la somete a los designios de “poderes salvajes”¹³ –verdaderas potencias sin territorio que intentan globalizar la producción económica y monopolizar la banca y las finanzas sin atisbo de cooperación–, su libertad social queda pulverizada. La libertad política del individuo, por ende, debe

¹² FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 105.

¹³ Los poderes de los más fuertes, en cuanto sin límites, arbitrarios y no sujetos a reglas de ninguna especie, recorren la filosofía y la literatura. La evocación a Trasímaco puede resultar inmediata: “Yo digo que lo justo no es otra cosa que lo que le conviene al más poderoso”. V. PLATÓN: *República*, Buenos Aires, Losada, 2007, p. 125 (338 c). Jack London escribió en un cuento publicado en 1914: “Algún día [...] todos los necios habrán muerto, y entonces todos los que estén vivos caminarán hacia adelante. Suya será la fuerza de los fuertes y unirán su fuerza de modo que ni un solo hombre en el mundo luche contra otro” (*La fuerza de los fuertes*, Buenos Aires, Ediciones IPS, 2016, p. 51). Por su parte, la expresión “poderes salvajes” es utilizada por Ferrajoli en *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (Madrid, Trotta, 2011, pp. 45-46), quien refiere, a su vez, que la expresión alude claramente a Kant: “El acto por el que el pueblo mismo se constituye como Estado es el contrato originario, según el cual todos en el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado; y no puede decirse que el hombre en el Estado haya sacrificado a un fin una parte de su libertad exterior innata, sino que ha abandonado por completo la ‘libertad salvaje y sin ley’, para encontrar de nuevo su libertad en general, íntegra, en la dependencia legal, es decir, en un estado jurídico; porque esta dependencia brota de su propia voluntad legislativa” (KANT, Immanuel: *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 145-146 –énfasis agregado–). Los poderes salvajes son facultades brutales de los más fuertes, quienes no respetan o tratan de eludir las reglas que se encuentran jurídicamente impuestas, o tratan de escribir las bases del Derecho sólo a favor de su codicia sin límites.

relacionarse a la ordenación del Estado, y la libertad social, a la ordenación y distribución de bienes y servicios; una y otra esfera de la libertad instituyen el corazón de la pertenencia comunitaria de la persona natural. La opción entre derechos de libertad y derechos sociales resulta errada para capitalizar la noción de ciudadanía; la libertad política se desvanece, se agota por completo si, en paralelo, no se satisface un trato mínimo, racional e indisponible de los derechos sociales. ¿Por qué?

La razón es simple: quienes no tengan derechos sociales lucharán por ellos; así lo demuestra la historia de la civilización. La libertad sin pan será usada para conseguir el pan; si se negare el disfrute o acceso a este último, perderían el pan y la libertad. A su turno, quienes dispongan del pan sin libertad perderían el control de su reparto en poco tiempo, que dejaría de ser igualitario para todos, porque muchos o algunos lucharían por la libertad que, desde mucho antes y por su desgarradora ausencia o restricción irracional, los ha colocado en situación desigual¹⁴.

Pero hay más. Los derechos civiles (personalísimos, obligacionales y contractuales, reales y de la familia) integran la suculenta base de cualquier persona natural, motivo por el cual tampoco es dable describir la ciudadanía sin acoger, pulcramente, a esta especie de derechos. En definitiva, la conexión entre ciudadanía y derechos fundamentales ha sido detallada por el poeta: “Para todos pan [y] para todos rosas”¹⁵. Debo decir: una sociedad de individuos igualados en derechos de libertad, con acceso vigoroso a los derechos sociales y con los derechos civiles en conexión con los unos y con los otros.

8. En la desenvoltura cotidiana de la dogmática jurídica hay un lenguaje bastante coloquial, poseedor de notoria imprecisión semántica; se discurre, en el ágora, respecto de una “ciudadanía formal” y una “ciudadanía material”¹⁶. Aunque el Derecho (y

¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl: “¿Estado gendarme o Estado fraterno?”, ob. cit.

¹⁵ ÉLJARD, Paul: *Obras escogidas*, Buenos Aires, Platina, “El rostro de la paz” [1951], 1962, p. 80.

¹⁶ Respecto de la dogmática o doctrina de los autores, sirva de consuelo insuficiente el texto de Julio Cortázar: “Todo cuento es como se lo cuenta, la conciencia de que fondo y forma

el saber dogmático que debe describirlo) instituyen, esencialmente, un lenguaje, un mundo de signos y significados, en la medida que su función normativa es socialmente compartida y reconocida como vinculante¹⁷, resulta cuanto menos inútil, por ausencia en la determinación de las propiedades semánticas, acudir a “formal” y “material”, cuya polisemia viene siendo discutida desde hace cientos de años por los estudios de la filosofía y la física, respectivamente. Quizá, intuyo, se desea aludir a diferentes modelos de justificación del ente estatal meramente instrumentales, en un caso (ciudadanía formal) y profundamente sustanciales (ciudadanía material), en el otro.

Con el anuncio de una “ciudadanía formal”, quizá se configure una alusión al ejercicio de algunos de los derechos civiles, a los derechos de libertad y a los derechos políticos. La noción de ciudadanía formal, si acaso cupiere, perseguiría fundar o justificar quiénes son los sujetos o personas que actúan en el ámbito de los negocios privados de la comunidad y en los negocios públicos del Estado; también, el modo en que se instrumentan la decisiones, tanto en una esfera como en la otra.

A su turno, la noción de “ciudadanía material” señalaría una posible justificación de las decisiones en la comunidad; en este caso, con una vinculación más estrecha con la satisfacción de los derechos sociales. Concebida la ciudadanía como un estatus que se otorga a los que son miembros de pleno Derecho de una comunidad, razón por la cual todos los que poseen ese “estatus”¹⁸ son iguales en lo que se refiere a los derechos y deberes, pareciera más indicado referirse a un “sentido parcial” de ciudadanía y a un “sentido pleno” de ciudadanía, que, sin

no son dos cosas, es lo que hace al buen narrador oral, que no se diferencia así del buen escritor aunque los prejuicios y los editores estén a favor de este último” (*énfasis agregado*). “De la seriedad en los velorios”, en la *Vuelta al día en ochenta mundos*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, p. 51.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, t. 1, ob. cit., p. 801.

¹⁸ MARSHALL, Thomas Humphrey: “Ciudadanía y clase social”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n° 79, Madrid, 1997, p. 312.

dudas, se corresponderían con los predicados atribuidos a la ciudadanía formal y a la ciudadanía material, respectivamente, pero con mayor vigor. Eso sí, habrá un “círculo diabólico” en el que se debate la “ciudadanía parcial”, en todo momento. Porque la insatisfacción de los derechos sociales básicos hará pensar que todo ser humano que titularice una ciudadanía parcial, pero carezca de dicho acceso, siempre encontrará debilitada su inserción y participación política hasta tanto no acceda, con una base mínima y racional, a la educación, al trabajo y a la salud.

9. En América del Sud existen varias ciudadanías estatales: una ciudadanía argentina, una boliviana, una colombiana, una brasileña, una ecuatoriana, una paraguaya, una peruana, una uruguaya, una venezolana y una chilena. Cada uno de esos estatus, en verdad, instituyen una situación privilegiada en derechos y deberes, actuales e ineludibles, en vinculación con cada uno de los órdenes jurídicos estatales respectivos. Considero que se hace menester pensar en una ciudadanía sudamericana, fundada en un constitucionalismo de y para América del Sud, un nuevo orden supraestatal con garantías suficientes que, sin rechazar la noción clásica de ciudadanía y su vínculo permanente, pueda superar la dicotomía “derechos del hombre-derechos del ciudadano” y ampliar, con un nuevo marco de referencia, el ámbito de la gobernanza para beneficio de gobernados y gobernantes. La utopía merecería ser desestimada en caso de no existir un sujeto sudamericano, un patrimonio común, un ideario global y una comprensión del mundo compartida. En cambio, cobraría actualidad si se llegare a la conclusión de que en América del Sud hay un ser humano que se va abriendo paso en la historia en permanente resistencia a cualquier régimen de dominación, que le niega o retacea su dignidad de persona, en un territorio en que muchos millones de seres humanos interactúan y sincrétizan sus cosmovisiones, que son expresión de todas las culturas sometidas y marginadas por el colonialismo en todo el mundo.¹⁹

¹⁹ ZAFFARONI, E. Raúl: *El Derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2015, p. 6.

Frente a esta cuestión, la diferencia en la titularidad de los derechos fundamentales que singularizan los derechos –y deberes– inherentes a la ciudadanía, si se la compara con los “derechos del hombre”, se puede especular con ingenuo entusiasmo o con franco pesimismo –prefiero este último. Con la franqueza que proviene de un pesimismo inteligente, la pregunta no debería ser si los hombres en América del Sud accederán, finalmente, a una nivelación de equidad o igualdad que dé lugar a una cosmopolita ciudadanía sudamericana, plena y activa (que con toda seguridad no lo serán jamás ni sucederá nunca). Según conjeturo, el desarrollo constante de los órdenes estatales abrirá paso y reclamará, más temprano que tarde, que todo hombre sudamericano disponga de una ciudadanía sudamericana peculiar, fundada, en especial, en una subjetividad jurídica, comprometida, y que descansa, por el mismísimo hecho de su “pertenencia”, en los valores de la libertad, la igualdad y, sobre todo, la solidaridad o fraternidad con todas las personas naturales que habitan el subcontinente. Los modelos que podría asumir una ciudadanía sudamericana dependen de la inmensa gama de modalidades y expectativas que pueden reunir las relaciones y situaciones jurídicas. Sin embargo, los derechos de residencia, circulación y libre tránsito (entrada y salida del Estado) deberían ser considerados en la misma primera fase sobre la normatividad de una futurible subjetividad ciudadana sudamericana.²⁰

²⁰ En el siglo XXI se exhibe un notable esfuerzo para una relación más solidaria entre los Estados. Así, cabe mencionar que el 23 de mayo de 2008 se suscribió el Tratado constitutivo de la Unión de Naciones Suramericanas. Allí se ha consignado que “La República Argentina, la República de Bolivia, la República Federativa del Brasil, la República de Colombia, la República de Chile, la República del Ecuador, la República Cooperativa de Guyana, la República del Paraguay, la República del Perú, la República de Surinam, la República Oriental del Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela” han acordado “... constituir la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) como una organización dotada de personalidad jurídica internacional” (art. 1). Se ilustra, seguidamente, como objetivo de la Unasur “... construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y

10. La participación de ese hombre, al que se emplaza como ciudadano, autoriza a pensar la introducción del Derecho en el mundo. El Derecho constitucional, rama fundamental del orden jurídico, observa semejante proceso creativo que su género próximo, el Derecho estatal. De ello se deriva que los individuos, únicos constituyentes del Derecho constitucional, sólo han de ser las personas naturales, a quienes corresponde en exclusiva el poder de instauración primigenia, que está en el origen de todo el Derecho positivo, en principio, la constitución del Estado, porque la fundación de todo el Derecho se realiza por seres humanos. Quizá, en el futuro, el Derecho constituyente del Estado sea instituido, tecnológica y científicamente, con una participación distinta del ser humano. Hoy, en pleno 2018, todavía no se puede ni especular sobre los trazos de la futurible producción del Derecho constitucional, si, acaso, en cientos de años ha de mantener su existencia o determinar el itinerario de su evolución. En cambio, me encuentro en perfectas condiciones para afirmar que en el nacimiento y en el desarrollo del constitucionalismo, desde el siglo XVIII hasta el presente, los únicos creadores han sido las personas humanas, seres constituyentes que, al unir sus individualidades como sujetos soberanos, dan lugar al Estado constitucional.

Los seres humanos son los artífices del Derecho constitucional; no hay otro creador o autor. El Derecho constituyente del Estado, el Derecho constitucional que emana de los principios y reglas constitucionales, es un artificio creado por el ser humano. Por ende, 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 normativos²¹.

la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los estados” (art. 2). El Tratado entró en vigor el 11/3/2011. Un buen comienzo.

²¹ FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, t. 1, ob. cit., p. 346.

El poder constituyente, integrado por los representantes de los ciudadanos que forman el pueblo del Estado, elabora y establece la norma constitucional, cuyo paso final, en ocasiones, también se remite a la aprobación del cuerpo electoral. En el momento constituyente de la creación jurídica originaria o en el momento constituyente de su variación, también se establecen las atribuciones para generar normas de rango inferior a la Constitución.

III.B. Justificación del asunto

Primero. Difícilmente la organización política del mundo podría ser como todas las personas desean. La existencia en la comunidad no puede ser distinta de la vida individual de cada persona. Todos los seres humanos tienen deseos, pero tal como ha sido impuesta su existencia nunca pueden cumplirse, ni siquiera en su gran mayoría. El mismo reporte que emerge de la vida individual –me refiero a la ineffectividad de gran parte de los deseos– se ha de trasladar a la vida comunitaria del Estado, porque dicho ente es fruto del obrar humano. Por lo pronto, en particular, el tipo “Estado constitucional”²² es un instrumento para intentar subordinar la política a la actuación constante y robusta de los principios vinculantes que impone el Derecho que emana de la Ley fundamental. Más allá del grado de la mayúscula o de la minúscula eficacia de las reglas impuestas por el Derecho constitucional, éste se trata de la única invención conocida para armonizar las existencias de los individuos al fijar “determinados contenidos” y “determinados procedimientos esenciales” en el marco canonizado por una sociedad abierta de individuos libres.

Segundo. El pueblo del Estado, entendido en sentido restringido como el conjunto de los integrantes con derechos y deberes políticos –sus ciudadanos–, no puede ser captado como un todo colectivo homogéneo que tiene, por tanto, un interés

²² HÄBERLE, Peter: *El Estado constitucional*, 2ª ed., México D.F., IJ, 2016, p. 3.

colectivo unitario y que se expresaría en una voluntad colectiva unitaria. Es cierto que toda comunidad de personas naturales requiere de un instrumento que determine la ordenación de las existencias en la comunidad. No obstante, de ello no puede derivarse la inexistencia de intereses diversos y hasta antagónicos. Los ciudadanos que integran el pueblo poseen diferentes ideologías. Así, por ejemplo, de un lado siempre habrá ideas conservadoras de las condiciones originarias que enfatizan la protección de los derechos civiles (en particular, la defensa más o menos irrestricta del derecho de propiedad privada²³) y del

²³ El derecho de propiedad es un derecho singular. Pareciera que todas las personas pueden ser titulares, pero el mercado, gobernado por la codicia del capitalismo, muestra desde el mismo nacimiento del constitucionalismo, en el siglo XVIII, que la capacidad material para ser propietario queda determinada por la clase social. Para quienes no disponen de una propiedad, el derecho constituye una expectativa, muchas veces una ilusión para poseer jurídicamente —añado: siempre en caso de que el individuo pueda acceder a su titularidad. En cambio, si la propiedad ya fue adquirida, como sucede, por ejemplo, en la Argentina con el art. 14 de su Constitución federal argentina (CFA), al decidir en 1853 que todos los habitantes gozan del derecho de “usar y disponer de su propiedad”, sin dudas dispondrán de todo tipo de instrumentos para su protección. Nótese, además, que “usar” y “disponer” son verbos constitucionales que generan una tipicidad únicamente dirigida para la clase de individuos que tienen una o varias propiedades, razón por la cual pareciera que la Ley fundamental de la Argentina constitucionalizó una relación anterior y predispuesta en la comunidad. En otras palabras, la CFA dio forma jurídica a una situación de hecho anterior a su sanción, esto es, el hecho de que un puñado de terratenientes disponían, fácticamente, de la capacidad material de ser propietarios. El derecho de propiedad, especie paradigmática de los derechos civiles patrimoniales, impide, por definición, su propia universalidad, porque para que un sujeto sea titular de la relación de titularidad propietaria habrá que excluir, siempre, a todo otro individuo. Por tanto, al no ser disponible por todos y en igual medida, del derecho de propiedad no podrá argumentarse que todos los seres humanos son “iguales en derechos” (*Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789: Art. 1er: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”*); como sí puede afirmarse, en principio, sobre los derechos de libertad, los derechos sociales o los derechos políticos. La exclusividad del derecho de propiedad, que singularizará siempre su reconocimiento y titularidad jurídica, ha de provocar que no pueda ser disfrutado por otros. La ausencia de esta cualidad —la universalidad— impediría considerar al derecho de propiedad como un derecho fundamental que pueda ser disfrutado igualmente por todos los seres humanos sin exclusión. La inclusión, sin barreras ni sospechas ni privilegios, debería constituir la igualdad universal e inmarcesible de los derechos fundamentales: de libertad, políticos, civiles no patrimoniales y sociales. En el art. 58 de la CPC 1991 “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos”. La posición de garante debe ser atribuida al Estado. También, al igual que en la CFA, la disposición colombiana alumbró el presente y el futuro de los propietarios.

ejercicio de los derechos políticos, sin discutir las bases de la igualdad social; y, por otro, existirán ideas progresistas que, sin mancillar los derechos políticos, alientan un franco desarrollo de los derechos sociales con carga al Estado y una equitativa distribución de la riqueza de bienes yacientes y por crearse. Estas ideas muchas veces se contradicen porque la contraposición de intereses resulta inevitable, fiel muestra de las clases sociales. En este sentido, Hans Kelsen lo ha señalado con lucidez por el hecho de que no sólo es cuestionable la idea del “pueblo unido”, sino que no existe la “voluntad general” del pueblo²⁴.

La cruda inexistencia de una voluntad general, omnímoda y homogénea, vinculada con la ausencia de la unidad cierta de un pueblo, no implica que no pueda existir un proceso augusto, digno de un consenso extendido y venerado, en el que mayoría y la minoría de los ciudadanos se permiten establecer quiénes formularán, y sobre todo cómo se adoptarán, las decisiones que han de regir la vida pública de la comunidad. Las reglas de juego de ese proceso se formalizan en la Constitución y desde allí deberían constituirse un escenario plural, en el que todos los ciudadanos tengan garantizados los siguientes derechos: de reunirse; de residir; de peticionar; de protestar; de circular libremente; de entrar y salir del territorio del Estado; de expresar sin ningún tipo de censura o coacción sus opiniones por cualquier medio, derecho cuyo contenido sólo debe quedar librado a la responsabilidad ulterior del hacedor de los pensamientos; de formar, integrar y deshacer grupos, asociaciones y partidos políticos y, sin que implique agotar la lista de derechos, de gozar de

Sin embargo, hay una diferencia radical entre los textos argentino y colombiano; en efecto, en el segundo párrafo del art. 58 de la CPC 1991 se prescribe que “La propiedad es una función social que implica obligaciones”; la CFA guarda silencio –total y desgarrador– sobre la cuestión. Pero hay más. En el art. 64 de la CPC 1991 se ordena que “Es deber del Estado el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o progresiva”; se trata, en pureza, de una regla sobre la igualdad material; en este caso, lamentablemente, la CFA nada dice y con ello justifica el latifundio, la precarización del peón rural y las rentas exorbitantes para los dueños de la tierra.

²⁴ KELSEN, Hans: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 63.

la posibilidad de elegir y de ser elegidos en comicios auténticos y transparentes en que los se pueda ejercer el sufragio universal, secreto, igual y en lo posible obligatorio.

Así, con el modelo que antecede, la Constitución queda delineada como un instrumento de naturaleza procesal²⁵ y marca un dominio en el que se prohíbe la descalificación, pulverización o cualquier forma de daño o distorsión de “quiénes” y “cómo” han de concretar la expresión ciudadana y el consecuente proceso de gobierno. Con claridad, la Constitución fija las pautas para decidir la gobernanza, que en toda república siempre se ha de caracterizar, mínimamente, por la división de las funciones gubernativas, la idoneidad del servidor público, su responsabilidad, la más acabada publicidad de los actos de gobierno y la periodicidad de los representantes del pueblo; así, pues, la Constitución, como regla previsible y determinante, autoriza la alternancia en el poder del Estado, pero jamás la aniquilación del propio sistema procesal que instituye,

Atribuir “la dirección suprema” de la ordenación estatal a los ciudadanos que integran el pueblo significa que no hay estamento por encima de ellos para realizarlo. 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. No desconozco el hecho indisputable de que, por ejemplo, la República de Colombia posee un padrón electoral de más de 36.000.000 de ciudadanos²⁶; allí, como en cualquier república sudamericana, no cabría o no correspondería esperar que el poder

²⁵ En semejante sentido se expresa Juan Luis Requejo Pagés: “La normatividad de la Constitución y su caracterización como una *norma procesal* son las dos condiciones necesarias para la ordenación jurídica de una sociedad democrática; para la organización racional de la fuerza en una comunidad de individuos libres que puede resumirse en aquella en la que el Estado no ejerce más poder que el que pueda admitir un individuo como agente racional y autónomo” (*énfasis agregado*). V. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: *El sueño constitucional*, Oviedo, KRK, 2016, p. 104.

²⁶ V. Registraduría Nacional del Estado Civil: <https://www.registraduria.gov.co/-Censo-Electoral,3661-.html>, consultado por última vez el 24/5/2018.

constituyente originario fuese ejercido en forma directa por semejante número de personas naturales. Dentro de la especie “de los ciudadanos”, se deberán elegir “a los ciudadanos”, esto es, a los “servidores públicos” –un verdadero acierto lingüístico de la CPC 1991–²⁷, que cumplirán por representación con el acto de instauración de la Constitución.

Ello no devalúa el argumento principal respecto de la naturaleza de la dirección del proceso de configuración, el que únicamente puede descansar en el elemento atomístico por naturaleza, el ciudadano. En 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 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 caso de la variación constitucional colombiana (potestad atribuida al Congreso, conforme art. 374 de la CPC 1991) también se encuentra atado a la razón ciudadana. Esto es así, ya sea porque los representantes deben exhibir sus proyectos en las campañas electorales para no defraudar la confianza ciudadana; o ya sea porque se convoca a la ciudadanía que integra el pueblo a referendo; o porque los ciudadanos deben elegir representantes para una Asamblea constituyente, tal como explico –más adelante– en la subsección III.B. *Quinto*.

Tercero. En 1762 Juan Jacobo Rousseau lo expuso con genio: “Si hubiese un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente.

²⁷ La CPC 1991 se refiere a los “servidores públicos” en repetidas ocasiones. Dogmáticamente, con buen método, el constituyente lo emplazó al comienzo: Título I, “De los principios fundamentales”; allí se prescribe, por ejemplo, en el art. 6: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Pero un gobierno tan perfecto no es propio de hombres”²⁸. Varios siglos después, aún no existe un gobierno ideal. El único modo de concretar la autodeterminación comunitaria es por apelación a la representación política: las decisiones colectivas que afectan a toda la comunidad son adoptadas por personas elegidas, específicamente para tales fines, pero no directamente por aquellos individuos que formarán parte de los efectos de la deliberación y los efectos de lo decidido, en este último caso, muchas veces, bajo la forma de padecimiento.

Los representantes de los ciudadanos del pueblo no se encuentran ligados por un mandato imperativo, porque tienen el poder de actuar con determinada libertad en nombre y por cuenta de los representados, ya que al disponer de la confianza de éstos –mediada por el sufragio– pueden interpretar con propia deliberación y discreción los intereses de los ciudadanos. 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 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 (*v. gr.* el referendo, la consulta, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa, la revocatoria del mandato o el plebiscito –cfr. art. 103, CPC 1991–).

Cuarto. Todos, nacionales, ciudadanos y extranjeros, deben acatar la Constitución colombiana, las leyes y obedecer a las autoridades (art. 4, CPC, 1991). En el artículo 100, tercer párrafo, se instituye que “Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”. Mi intuición es que donde dice “nacionales” debería decir “ciudadanos”, porque para su desarrollo la ciudadanía siempre implica una capacidad de obrar distinguida y bien determinada.

²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1993, p. 67.

La CPC de 1991, en el artículo 98, en su párrafo, dispone que “Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años”. En el artículo siguiente añade que “La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”.

En Colombia, al igual que en casi todos los países de América del Sud, se emplaza la ciudadanía a partir de la determinación propia del poder constituyente. La positividad de la CPC 1991 determina la titularidad de las personas que han de ser ciudadanos. Por su parte, los extranjeros disfrutarán de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos, aunque “... la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”. También, “... los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley” (art. 100, CPC 1991).

Quinto. Más arriba he indicado la naturaleza política y las cualidades jurídicas de la participación del ciudadano. Concretamente, aludo a sus “derechos” y sus “deberes políticos”. En el artículo 40 de la CPC 1991 se formula una enumeración de derechos políticos:

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y

cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

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, los órdenes jurídicos asumen modelos obligatorios o facultativos. Así, en la Constitución federal de la Argentina (CFA) se dispone, por ejemplo, en su artículo 37 que el “sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio”. Dentro de la trama ordenada por el orden constitucional colombiano de 1991, debe inferirse la naturaleza facultativa, estrictamente voluntaria, del acto de sufragar (cfr. art. 40, CPC 1991). En el ámbito abstracto propio de una teoría constitucional determinada, la obligatoriedad del sufragio no debería afectar los derechos de libertad. Su naturaleza facultativa tampoco podría perjudicar, decisivamente, la elaboración de las razones del edificio estatal.

La construcción de una comunidad debería ser una apuesta colectiva, porque la participación mayoritaria de los ciudadanos apoyaría la posibilidad –no la determinaría concluyentemente de ningún modo– de que al gobierno escogido, electo, encargado de la ordenación política de la comunidad, se lo llame, en tal caso, “democrático”²⁹. En el abanico de la libertad política, por supuesto enderezada a la ilusión democrática, se deben reconocer estas “instancias optativas mínimas”: *a*) votar afirmativamente en apoyo del partido político “A”; *b*) votar afirmativamente en apoyo del partido político “B”; *c*) votar en blanco; *d*) emitir un voto nulo, o *e*) no votar.

²⁹ RUSSELL, Bertrand: *El poder en los pueblos y en los hombres*, Buenos Aires, Losada, 1960, p. 141.

Quizá, también, podría argüirse que la perspectiva liberal más ancha y decidida debería incluir –siempre– el ejercicio de la soberanía ciudadana, esto es, incluso, el “derecho” de no votar por ningún partido político. Por eso, con cierto fervor, al ser sugeridos de este modo los derechos de libertad política y analizados en correspondencia al sufragio, deberían incluir, al menos, las cinco opciones ilustradas. Esto es así porque la opción de “no votar” ha sido entendida en términos de una abstención, esto es, el hecho concreto de “no participar”, que sería, si cotizare el verdadero contrasentido, un modelo o forma de participación. A su turno, tampoco puede adjudicarse que el voto obligatorio instituya y legitime, rotundamente, la construcción, más o menos ideal, de un orden comunitario.

Aunque no sostengo que el voto facultativo fuese antide-mocrático, me inclino por la obligatoriedad del sufragio. Asumo que si la obligatoriedad de sufragar, además, se encontrara constitucionalmente dispuesta, el hecho de normar constituiría, en sí mismo, una determinación correcta. Advierto que la obligatoriedad del sufragio, instaurada en la Constitución, instituye un relevante deber para participar en la configuración del orden. Juzgo que no se afecta la atribución soberana de la libertad, al disponer la obligatoriedad de sufragar³⁰. Así, el acto

³⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no decide la obligatoriedad del sufragio, aunque sí dispone, abiertamente, la más amplia libertad de elegir. Añado, por mi parte, que hubiese resultado impropia tal definición –la obligatoriedad del sufragio– en un instrumento sobre protección, preservación y promoción de los Derechos humanos, porque el acuerdo, en este caso de naturaleza internacional, debe cobijar diferentes comprensiones, entre las que se encuentra, desde luego, la abstención, no votar o genéricamente “no participar de los asuntos comunitarios” (v. art. 23 de la CADH: “Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”). En el caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, los jueces

jurídico político de sufragar merece ser leído como un derecho y también como un deber, porque el hecho de coexistir de cada individuo en la comunidad implica la obligación a participar en las decisiones que me han de involucrar como ciudadano.

Además, en democracias como la colombiana, en la que el sufragio es facultativo, aunque la CPC 1991 dispone “un ciudadano, un voto”, en la práctica, dada la gran abstención electoral persistente y recurrente, la fórmula electoral sería “dos ciudadanos, un voto”³¹, ya que, en el mejor de los casos, uno de cada dos ciudadanos colombianos tendrá el estímulo suficiente para ir a votar en los comicios, ya sea para elegir presidente, congresistas o cualquier otro cargo dependiente de escogimiento ciudadano. Sin embargo, admito que un “Estado constitucional”³² puede fun-

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entendieron por unanimidad que la CADH, al igual que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, no establece la obligación de implementar un sistema electoral determinado [V. Párrafo 197]. También sostuvieron que “El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos. La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa”. [Párrafo 149]. Sentencia pronunciada el 6/8/2008, “Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Por su parte, el maestro Germán J. Bidart Campos, que mantenía su preferencia personal por el “sufragio voluntario”, opinó que “no sentía herido ningún principio que se haga fundamental” en su valoración sobre el tema, por el hecho efectivo de que la reforma constitucional de 1994, en la Argentina (art. 37, CFA), constitucionalizó el deber del ciudadano de sufragar. V. BIDART CAMPOS, Germán J.: *Manual de la Constitución reformada*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 253-254.

³¹ BUNGE, Mario: *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Barcelona, Gedisa, 2009, p. 475.

³² Se exponen dos modelos constitucionales de votación ciudadana, actualmente vigentes, en América del Sud. La pregunta que debería formularse es si la obligatoriedad del sufragio define la cualidad del Estado constitucional. Al respecto, cabe analizar la semántica

cionar correctamente con la naturaleza voluntaria del sufragio. La distinción entre una y otra naturaleza consiste en aumentar o disminuir el compromiso político del ciudadano para con el desarrollo y la manutención del orden jurídico. Asimismo, la CPC 1991 adjudica a sus ciudadanos diferentes derechos políticos, que convierten al instrumento en un paradigma sobre la materia “reforma constitucional”, en América del Sud³³.

La Constitución colombiana, además, es portadora de un interesante listado de deberes ciudadanos. Así, solamente a título de ejemplo, se mencionan los siguientes enunciados normativos: si “el derecho a la vida es inviolable” (art. 11), resulta del deber correlativo para todos los seres humanos de no infringirlo; el deber de acatar la Constitución y las leyes, respetar y obedecer a las autoridades (art. 4); el deber de protección de las riquezas culturales y naturales del Estado (art. 8); el trabajo es una obligación social (art. 25); el deber de contribuir a la paz es de obligatorio cumplimiento (art. 21); el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de los integrantes de la comunidad (art. 49); la propiedad privada es una función social que implica obligaciones (art. 58); el deber de buena fe al que deben ceñirse las actuaciones entre particulares y el Estado (art. 83); la obligación de todos a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas (art. 216).

Además, en el artículo 95 se detalla un catálogo de “deberes y obligaciones”:

constituyente. *Uno.* En el art. 14 de la Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se determina que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos”. *Dos.* En el art. 15 de la Constitución Política de Chile, actualmente en vigor, se dispone: “En las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario”.

³³ Remito a la subsección IV.B. *Quinto*, donde describo el citado protagonismo jurídico.

La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales. 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica. 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país. 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz. 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia. 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano. 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

En definitiva, la CPC 1991 distribuye, con generosidad, los derechos políticos. También prescribe un representativo causal de deberes ciudadanos. La instauración constituyente la ejerce el Estado, aunque habita en el poder infinitesimal que dispone cada una de las personas que el respectivo orden positivo emplaza como ciudadano, con capacidad y vocación para la creación jurídica de la más alta stirpe, la Constitución y sus protocolos de variación.

§ IV. Autoridad de la Constitución y su reforma

IV.A. Propositiones dogmáticas

1. Más arriba, en la sección § II, se mencionan los elementos del “Estado constitucional”. Recuérdese la trilogía: el territorio, el pueblo y el poder. Sin embargo, la Constitución no puede

pasar desapercibida, y no sólo porque su conocimiento es un apasionante y razonado debate del saber que la determina como objeto gnoseológico excluyente³⁴, sino porque en la actualidad casi todos los Estados disponen de una Ley fundamental escrita. Efectivamente, al deslindarse los ámbitos de la autoridad y de la ciudadanía, la Constitución se incorpora como cuarto y nuevo elemento al sistema. La concepción de la Constitución como cuarto elemento del Estado significa un “programa”³⁵, cuya comprensión teórica, en este momento, no se enfoca de modo directo hacia una escritura de una “identidad constitucional sudamericana”, cuyo peso relevante o criterio rector residiese, eventualmente, en el discurso público originado por el Derecho de la Constitución.

La autoridad de la Constitución suministra una fuente de poder que, por su continuidad en el tiempo y su acatamiento u obediencia hasta cierto punto, puede constituirse en un elemento de estabilización de las expectativas ciudadanas. La autoridad de la Constitución permite fundar un poder estabilizado dentro del territorio del Estado y calculable en el tiempo; su misión mínima consiste en establecer un orden pacífico. Para alcanzar esa finalidad estelar, la Constitución instituye un orden.

³⁴ Me refiero, básicamente, a la discusión permanente entre “neoconstitucionalistas” y “normativistas”. Concretamente, el constitucionalismo puede ser conocido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico, en orientación tendencialmente iusnaturalista, o bien como expansión o perfeccionamiento de aquél. La primera concepción resulta etiquetada, por lo común, de “neoconstitucionalista”. Por el contrario, se encuentra una concepción del constitucionalismo estrictamente “iuspositivista”, entendiendo por “positivismo jurídico” un modelo de Derecho que reconozca como “Derecho” a toda combinación de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con abstracción o sin ligazón con sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia o incorrección. V. FERRAJOLI, Luigi: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, ob. cit., pp. 11-17.

³⁵ Peter HÄBERLE, en 1982, anunció su tesis, pieza a pieza, en *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (“la Constitución como cultura”), Berlín. La tesis se reitera en “La Constitución en el contexto”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (AIJC), CEPC, Madrid, n° 7, 2003, pp. 223-225. Adviértase: en este escrito se resuelve deslizar a la Constitución como un “cuarto elemento”, simplemente, sin ahondar en la inherente proyección “cultural” de la tesis del profesor alemán para nuestro “contexto” sudamericano.

Dícese que tal institución de la autoridad constitucional define criterios precederos porque valen merced a su propia imposición temporal y que regirán sus determinaciones en el espacio en que se desenvuelvan las existencias de los individuos de la comunidad respectiva.

2. Al idearse la primacía constitucional³⁶ y su consecuente distinción jerárquica dentro del sistema de fuentes, seguramente se infirió que con la formulación de unas pocas palabras se generaba una suma regla, cualidad que merece ser comprendida en sus justos alcances: “suprema, altísima y que no tiene superior”³⁷. Se emplaza una norma –la constitucional– en el sistema jurídico y se la posiciona como superior, porque ninguna será más alta que ella. Podría discutirse el don o gracia especial de la ubicuidad, es decir, si el emplazamiento y ulterior posicionamiento no constituyen, en rigor, una actuación autorreferencial de la propia norma constitucional que se determina a sí misma. Apréciase que el emplazamiento de la regla constitucional en función de su asignación como suprema, aunque tiene el fundamento en ella misma, no implica contradicción lógica, porque manejar con cuidado los enunciados de naturaleza autorreferencial es algo bien distinto que predicar que todo enunciado de ese tipo o naturaleza carezca de significado.³⁸

³⁶ Sobre la supremacía normativa de la Constitución, el texto jurídico con mayor antigüedad y aún en vigor reside en la determinación establecida en el art. VI, Sección 2 de la Constitución de EE. UU. de 1787: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado...”. Basta pronunciar la fórmula normativa citada en voz alta para creer sobre la naturaleza todopoderosa de la suma regla, máxime al estimularse diversos aspectos que promueven su judiciabilidad, en el art. III, Sección 1: “Se depositará el poder judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo [...] Sección 2: El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución...”.

³⁷ Según *DRAE*, del latín *summus*.

³⁸ El delicado problema teórico sobre la autorreferencia en el Derecho constitucional ha sido estudiado y expuesto en FERREYRA, Raúl Gustavo: *Reforma constitucional y control de*

No hay misterio: para fundamentar la primacía de la regla constitucional, su cotización normativa descansa en su propio texto y no es preciso acudir a una norma superior a la Constitución misma para resolver la cuestión. La supremacía se comprende en normas emplazadas en la propia escritura de la Constitución; no hay ningún supuesto porque se trata de derecho constituyente puesto por el propio creador de la norma. Cotizarla como “suma regla” significa indicar su inherente “supremacía normativa”³⁹ o hacer referencia a su significación más armoniosa como “teorema de la supremacía”⁴⁰. “Supremacía” tiene semejante significado que “suma”: que no tiene superior en su línea, porque nada existe por encima de la regla fundamental del Estado.

3. El poder constituyente, integrado por los representantes de los ciudadanos que forman el pueblo del Estado, elabora y establece la norma constitucional, cuyo paso final, en ocasiones, también se remite a la aprobación del cuerpo electoral. En el momento constituyente de la creación jurídica originaria o en el momento constituyente de su variación, también se establecen las atribuciones para generar normas de rango inferior a la Constitución. Naturalmente, existirán en el orden normas de diverso rango, y el único modo conocido para mantener la unidad del citado ordenamiento exigirá que todas ellas que lo componen se reduzcan a la “unidad” de criterio prescrito por la Constitución.

constitucionalidad. Límites a la judiciabilidad de la enmienda, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 437-450. Se remite en homenaje a la brevedad. Aquí sólo se sugiere la bibliografía básica sobre la cuestión: ROSS, Alf: a) *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 80/82; b) “On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law”, en *Mind*, vol. 78, Issue 309, Oxford University Press, January 1969, pp. 1/24; HART, H. L. A.: “Self-referring laws”, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1985 (reprinting of the first edition 1983), pp. 170/178, publicado originariamente en obra en homenaje a Karl Olivecrona, 1964; y c) GUIBOURG, Ricardo: “La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional”, en AA.VV.: *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, pp. 182/195; entre otros.

³⁹ V. SAGÜES, Néstor: *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 98-99.

⁴⁰ V. EKMEKDJIAN, Miguel Á.: *Tratado de Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 31.

Esta reducción a la unidad será entera y coherentemente posible si –y sólo si– existe una norma de la cual deriven su normatividad, de modo directo o indirecto, todas las otras demás normas del orden⁴¹. La unidad del orden jurídico estatal es una tarea fundamental que cumple la Constitución, al subordinar la producción y la realización jurídica a una determinada graduación de jerarquías, procesos y contenidos, en este último caso hasta cierto punto. La Constitución, al configurar el parámetro de validación formal y material, determina la membresía de las reglas inferiores de todo el orden estatal.

4. Elegir al artificio constitucional como fundamento del Estado constituye una determinación política. Se adopta con antelación a la arquitectura estatal y se funde con sus fines. Al desenvolverse la elección señalada, se “opera” entre la decisión política y la propia arquitectura del sistema “una relación circular” que rige “toda la construcción” futura⁴².

“Fundamento” se utiliza en varios sentidos y en múltiples contextos. Por amor a la claridad conceptual, entre la variopinta gama de significados, indico, a continuación, los elegidos. Así, “fundamento” en tanto “raíz” y “fundamento” en tanto “razón” son los senderos escogidos, en coincidencia con algunas de las alternativas lexicográficas. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su raíz, porque toda la construcción jurídica de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar sustentada, soportada, en fin, “fundamentada” por el propio Derecho que emana de la constitución, o cuya validación ésta autoriza. “Fundamentos constitucionales”, en referencia a su razón, porque la validez jurídica de todo el Derecho de una comunidad, en determinado tiempo y espacio, queda o debe quedar explicada, justificada, en fin, “fundamentada” por el propio Derecho que emana de la constitución, o cuya validación ésta autoriza.

⁴¹ V. BOBBIO, Norberto: *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 168-173.

⁴² V. ZAFFARONI, E. Raúl et al.: *Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 104-105.

5. La fundamentación constitucional del Estado se cumple por intermedio de cuatro principios o reglas: subordinación, variación, distinción y acción. Ninguna de estas reglas o principios posee una realización absoluta; por eso son reglas “inacabadas” o reglas de realización progresiva, o reglas de realización relativa. Estos cuatro principios o reglas que emanan de la Constitución pueden ser descritos como de terminación inacabada, porque por su intermedio se pretende fundamentar la regulación del Estado o la limitación de su inherente poder.

6. En su etapa de fundamentación estatal, cada uno de estos principios o reglas constitucionales se desenvuelve activamente, ya sea para configurar una raíz, ya sea para justificar una razón. Son “materiales estructurales”, “pilares”, o mejor, “elementos de la arquitectura del interior del Estado” emplazados positivamente, puestos en la Constitución. Sin embargo, para mantener incólume el rigor analítico, prefiero agruparlos en dos órdenes, exactamente parejos a los “fundamentos constitucionales”. Más específicamente, pues, la regla sobre la variación o cambio y la regla sobre la subordinación caen dentro del marco de los fundamentos constitucionales, observados como raíz. En cambio, la regla sobre la distinción y la regla sobre la acción se corresponden, o mejor dicho, son la manifestación de los fundamentos constitucionales, apreciados, en este caso, como razón o justificación para el ejercicio de la fuerza estatal.

7. Dada la naturaleza de este escrito, según justifico en la “tesis primitiva” descrita en la sección I y la estrategia de argumentación planteada en la sección II, ahora menciono brevemente tres de esas reglas; más abajo, con mayor expansión y detalle, me concentro en la regla sobre la variación, porque –repito– constituye la materia de descripción y justificación en este texto. Así, las reglas sobre la fundamentación constitucional del Estado observan el siguiente contenido.

8. Para construir y mantener jurídicamente esa personalidad colectiva que se apoda “Estado”, inevitablemente unos hombres tendrán que dar órdenes, encontrarse facultados para mandar con atribuciones suficientes, y otros deberán obedecerlas, ya sea

por leal convicción, o por otro motivo que influya y determine el estado de dominación. El poder se distingue en “constituyente” y “constituidos”: Derecho constituyente y Derecho constituido. La Constitución y su reforma es producida y concretada en los “momentos constituyentes”; el resto de las reglas jurídicas de alcance general son creadas por el Congreso federal o el departamento ejecutivo; excepcionalmente, por el poder judicial.

En el seno de la Constitución, la división horizontal del poder tiene lugar en la casa republicana: departamentos precisos, con atribuciones excluyentes y bien determinadas, que se encargan de la producción o realización del Derecho. La división vertical del poder tiene lugar ya sea por la vía del federalismo o del unitarismo; Brasil y la Argentina, por ejemplo, son modelos federales. Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y Ecuador instituyen modelos unitarios.

La división del poder –en constituyente y constituido, o en horizontal y vertical– constituye la regla organizativa fundamental en el Estado constitucional. Dentro del marco propiciado por la regla de distinción de funciones, se genera la ilusión de que no debería existir fuerza desregulada; empero, todos saben que allí donde existe un poder puede existir, también, un servidor dispuesto a ejercer una fuerza estatal no disciplinada por normas jurídicas. Porque allí donde existe un poder constituido, usualmente, existe un servidor público bien decidido a su abuso y corrupción, por la violación del orden de cosas constitucionales instituido o por apelación al estado de excepción o emergencia.

9. Las Constituciones pretenden sostener y conferir validez a los órdenes jurídicos que se generan a partir de ellas. Todas las Constituciones tienen un legajo importante o inmenso de derechos y bienes fundamentales a los que se les confiere reconocimiento. Los derechos y bienes fundamentales insertados en las Constituciones son líneas significativas para la acción estatal y la ciudadana⁴³. Concebir de este modo a los derechos

⁴³ Las tesis sobre los derechos fundamentales como directivas básicas del orden jurídico fue adelantada y desarrollada en FERREYRA, Raúl Gustavo: “Enfoque sobre el mundo jurídico.

fundamentales significa que ellos son derechos subjetivos; sin embargo, también son normas objetivas del orden jurídico estatal que lo disciplina e intenta sostenerlo. La comprensión objetiva de los derechos fundamentales los emplaza, objetivamente, como líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal para la consecución, el mantenimiento y el desarrollo de una coexistencia comunitaria en paz.

10. La regla sobre la subordinación jurídica del Estado por intermedio de cada uno de los despliegues que la Constitución dispone (supremacía normativa; relación con el Derecho internacional de los Derechos Humanos –DIDH–; control de constitucionalidad y rigurosa juridicidad) persigue establecer la certeza, es decir, el “conocimiento seguro” por parte de la ciudadanía y los servidores públicos sobre la determinación del campo dominado por el Derecho y del otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas.⁴⁴

Con los alcances de sus prescripciones jurídicas, inevitablemente, hacen presuponer o representar que la certeza en el mundo estatal –pasado, presente y sobre todo porvenir– queda afianzada, se encuentra ligada, en fin, subordinada a una regla artificial: la Constitución, que no tiene nada de orden metafísico. La certeza siempre es “de alguien respecto de algo”⁴⁵; en nuestro caso, nada más y nada menos que del hombre sobre el orden jurídico que fundamenta al Estado.

IV.A.bis. Propositiones dogmáticas. Continuación del asunto. Regla sobre la variación

La regla sobre reforma o variación de la Constitución es un fundamento del Estado, al igual que la regla sobre la distinción

Constitución y Derechos Fundamentales”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 11, n° 21, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2013, pp. 243-282.

⁴⁴ La tesis sobre “la juridicidad, raíz del orden estatal” ha sido desarrollada en FERREYRA, Raúl Gustavo: *Manifiesto sobre el Estado constitucional: reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la mancomunidad Estatal*, Medellín, Ediciones UNAULA, 2017, pp. 117-146.

⁴⁵ BUNGE, Mario: *Diccionario de Filosofía*, “Certeza”, México D.F., Siglo XXI, 2001, pp. 213-214.

de funciones, la regla sobre subordinación y la regla sobre la acción de los derechos fundamentales. Brindo, a continuación, diez ideas básicas sobre el estado de cosas que promueve el acto reformativo de la Ley fundamental.

Primera. 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. Podría entenderse, no sin razón, que el cambio o la variación constitucional atraparía a todos los sucesos y procesos que pueden sufrir los textos constitucionales en el tiempo. No obstante, rigurosamente, aquí el cambio sobre el que se teoriza es el “cambio formalizado” o la “variación” del sistema normativo constitucional, que implica la modificación de su texto producida por acciones razonadas por su autor y regladas por la propia suma regla del orden jurídico.

La reforma constitucional puede darse de tres maneras: *a)* por expansión: cuando se agrega una nueva regla a la combinación constitucional originaria; *b)* por contracción: cuando se elimina alguna regla de la nómina de esa combinación constitucional; y *c)* por revisión: cuando se elimina en la combinación constitucional alguna regla y luego se agrega otra incompatible (total o parcialmente) con la eliminada.⁴⁶

Segunda. Cada orden jurídico estatal regula y establece, con sus propios matices, el proceso de reforma. Sin embargo, en los procesos de reforma deberían participar todos los ciudadanos y elegir a sus representantes y, en modo eventual, aprobar las normas elaboradas por el órgano constituyente, como así

⁴⁶ Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos: “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 301. Por lo pronto, en este marco, la teoría del cambio constitucional es la teoría de la reforma constitucional. Por ende, queda fuera cualquier otra circunstancia que, como una revolución, quebrantamiento o ruptura, o una mutación, no pueden ser objeto de proyección como un “procedimiento formal de aprobación”, tal como conceptúa Peter HÄBERLE respecto de la reforma (“Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania”, en *Pensamiento Constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000, Año VII, p. 17).

también fijar los órganos constitucionales y constituyentes determinados, de manera respectiva, para proceder a la variación normativa. Justificadamente, pues, la reforma configura un fundamento notable que sustenta la certeza en la edificación continua del orden jurídico del Estado.

Fuera de la canalización dispuesta en la Constitución, no debería aceptarse nunca ningún cambio, ni considerarse autorizado. Porque la propia autoridad de la Constitución no debería tolerar cambios fuera del proceso prescrito en ella como suma regla. El cambio es una posibilidad enorme en la vida de los hombres. Arraigar, entonces, el cambio constitucional a un proceso clave e indisponible consagrado, en modo autorreferente, también confiere certeza en las relaciones humanas. De este modo, el proceso de variación de la Ley Mayor constituye un fundamento del Estado. Cambiar, con arreglo a reglas predisuestas, disuelve la ley del más fuerte o la fuerza bruta que, conjunta o separadamente, desalientan cualquier proceso de pacificación por la violencia congénita y sin regulación que portan y transmiten.

Sin embargo, obsérvese que las bases que surgen de las previsiones sobre reforma constitucional no eliminan la irracionalidad de gobernantes con ínfulas totalitarias o de aquéllos que, por dolo o negligencia, subvierten la democrática “alternancia” y la pervierten por una “liquidación” abyecta y a precio de remate de la forma de gobierno republicana.

Tercera. La Constitución, con sus esquemas para la regulación de conductas, no abarca absolutamente todos los comportamientos humanos. Juzgar de ese modo sería, cuanto menos, extravagante e impropio, porque la Constitución determina un campo dominado por el Derecho; pero, fuera de él, hay otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas.

Cuarta. La Constitución debe ser susceptible de cambio o variación para resguardar su fuerza normativa ante múltiples y cambiantes circunstancias históricas, sin por ello alterar su propia identidad. Los ciudadanos que integran el pueblo del Estado,

por intermedio de sus representantes, son los sujetos que deben disponer del derecho político a cambiarla o modificarla cuando, en libre y democrática decisión política fundamental, consideren oportuno y necesario disponer la producción de la más alta estirpe jurídica. Por eso es preferible pensar en reformar la Constitución toda vez que se pueda determinar que ello sea necesario, conveniente y oportuno, y no deformarla mediante interpretaciones jurisdiccionales que la vuelven sin sentido, al desnaturalizar (según los casos, de modo parcial o completo) las pretensiones de normatividad emergentes de sus reglas.

Las palabras que componen la lengua del Derecho constitucional son “irreversibles”⁴⁷; una vez que los hombres las han escrito, pueden aumentarlas, revisarlas o reducirlas; empero, intuir su anulación resulta complejo porque no se puede utilizar una goma de borrar, salvo que se creyese en la existencia de “dioses supremos” que puedan generar el artificio para reglar las existencias ciudadanas en la comunidad. Por consiguiente, la Constitución –como verdadera máquina del tiempo– garantiza su propia capacidad evolutiva por la vía de su protocolizada reforma. La existencia de los seres humanos, en pleno siglo XXI, se encuentra desbordada, sin cesar, por invenciones constantes, sucesivos descubrimientos y actualizaciones permanentes. Frente a tal panorama, la codificación contenida en la Ley fundamental no debería quedar arrinconada en las palabras de seres humanos que han muerto o que no militan en la vida política activa. La tarea de reformar posibilita el cambio o variación a cada generación de ciudadanos vivos, al recoger una adaptación o promover un estímulo para la vida política de la comunidad, con verdadera conciencia de que esta o aquella variación es la vía idónea para perfeccionar la paz y promover el bienestar general.

Quinta. El poder de reformar la Constitución, siempre sometido a reglas de competencia prefijadas, es un poder

⁴⁷ BARTHES, Roland: *El susurro del lenguaje. Más allá de la palabra y la escritura*, Buenos Aires, Paidós, 2015, p. 115.

político porque crea Derecho constitucional. El cambio constitucional que produce variaciones sustantivas en el texto tiene una peculiaridad: siempre forma algo nuevo, la Constitución reformada; así, la reforma por expansión o contracción o revisión del sistema genera una nueva combinación de reglas.

Sin mayores esfuerzos, puede decirse que si la Constitución política estatal es la decisión de los ciudadanos que integran pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral que debe escoger a sus representantes en comicios abiertos, auténticos y transparentes.

Hasta el momento, el único modo conocido para no temer al cambio político consiste en aceptar los “procesos formales de aprobación”, que atribuyen una variación reglada, limitada y detallada al campo de las reglas constitucionales. Ese proceso de reforma constitucional puede favorecer la adaptación de cambios en ciernes o alentar el desarrollo de nuevos itinerarios jurídicos.

Sexta. Escribir, al igual que hablar, siempre implicará, al menos, una descripción o una valoración. Muchas veces, el hecho de la repetición doctrinaria de un término sugiere una apariencia fantasmal o anula una evaluación rigurosa. El propio proceso de cambio que las leyes fundamentales se “dedican a sí mismas” –singular propiedad atribuida a las Constituciones– se encuentra en dicha galería. No deseo ser hereje, pero no es el término “rigidez” el más afortunado para advertir que la Constitución no debe ser reformada o cambiada por intermedio de los procesos semejantes a los previstos a la producción jurídica de rango inferior a ella. Para no recibir acuse de falta de religiosidad dentro del constitucionalismo, se prefiere mantener el empleo de determinada “rigidez”, suficientemente extendido en la doctrina de los autores. Si fracasa la rigidez de la suma regla constitucional, fracasa el escalonamiento jerárquico y, con este último fracaso, no hay lenguaje posible para la unidad del sistema estatal.

Alentar un proceso cierto para la reforma implica asumir “determinada rigidez” para el cambio constitucional. “Determinada rigidez” significa, por lo pronto, que la Ley fundamental no

debería ser reformada sobre la base de mecanismos semejantes a los previstos para la elaboración de la legislación ordinaria o, mejor dicho, que no debería ser cambiada por procesos idénticos a los pautados para la producción de normas de rango jerárquico inferior al determinado de manera autorreferente por la suma regla para ella misma. Esta “determinada rigidez” es consecuencia directa, sin intermediaciones, del principio de supremacía de la Constitución. El hecho de que las Constituciones contemplen la jerarquía constitucional, o a veces el rango superior o equivalente del DIDH en el sistema de fuentes, no significa el abandono ni de determinada rigidez constitucional ni de una particular forma de producción del sistema jurídico constitucional.

Séptima. 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 objetiva⁴⁸ 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”⁴⁹). Por esa razón, sólo puede penetrar el “presente y el futuro”⁵⁰, que se encuentran abiertos al Derecho constitucional; no el pasado⁵¹. El tiempo futuro, por su parte, no puede

⁴⁸ BUNGE, Mario: *A la caza de la realidad*, Barcelona, Gedisa, 2007, pp. 68-70.

⁴⁹ Una pieza de esta naturaleza jurídica se ofrece en el art. 16 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”.

⁵⁰ ENGISCH, Karl: *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba (España), Universidad Nacional de Córdoba, 1960, p. 15.

⁵¹ Pese a que no conmueve lo afirmado en el cuerpo principal respecto a la naturaleza incólume del pasado, en el proyecto de reforma constitucional chileno, iniciado en mensaje de la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, para modificar la Constitución Política de la República, se puede leer la siguiente propuesta de Preámbulo: “Nosotros, los pueblos de Chile, responsables ante nuestra historia y su porvenir, nos otorgamos esta Constitución Política de la República de Chile...”. Boletín N° 11.617-0, Mensaje 407-365, Santiago de Chile, 6/3/2018.

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 de los hombres y, por otro, con su natural entidad física y perecedera.

Octava. En el Estado constitucional no sólo los servidores públicos sino todos sus ciudadanos deben ser “guardianes”⁵² de la Ley fundamental, porque la suma regla instaure las reglas para el desarrollo y el cambio del proceso político comunitario, en el que todos –de una manera u otra– se deberían comprometer. La limitación de las reformas constitucionales, por la vía de las “cláusulas de eternidad”⁵³, camino para resguardar determinada identidad del “Estado constitucional”, quizá debiera ser entendida, en América del Sud, a partir de la comprensión de sus semánticas constituyentes, como referida a las concepciones de “república” y la “democracia”.

Entiendo a la “democracia”⁵⁴ como regla conceptual que indica una “forma política de Estado” en la que la capacidad

⁵² HÄBERLE, Peter: *El Estado constitucional*, ob. cit., p. 286.

⁵³ *Ibíd.*, p. 288.

⁵⁴ Exactamente, “democracia política”: un modelo de producción y realización del orden del Estado. Por una cuestión de claridad, evito el adjetivo “política”, aunque a ella me refiero. Recuérdese, además, la comprensión expuesta en la sección II: estas escrituras solamente poseen vocación normativa. No se hace un examen de la realidad política de ninguno de los países. Así, por ejemplo, no hago alusión a las tendencias articuladas hacia una “dictadura electiva” (MARQUARDT, Bernd: *Los dos siglos de Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, ob. cit., p. 186), ni a sus perversiones que rigieron al menos desde 1948 en Colombia hasta la CPC 1991. Tampoco aludo al proceso de paz con las FARC, actualmente en ciernes, que trata de apagar el conflicto bélico que ha cobrado decenas de miles de víctimas durante más de 70 años de guerra fraterna. En el cuerpo principal del texto describo la “democracia” normativamente inferida como un contenido irreformable de las Constituciones en América del Sud. Ese camino implica evitar cualquier otro derrotero. El Derecho constituyente se encuentra en el mundo, forma parte de la realidad, a la que trata de adaptarse o transformar. Muchas veces la política ni se adapta ni se transforma con la fuerza normativa de la Constitución. Sin que implique desvío de mi “Estrategia argumentativa” planteada en

para decidir pertenece por igual a todos y cada uno de los ciudadanos que integran el pueblo. Ingresada la democracia al cauce de la Constitución, aquella soberanía popular es ejercida en forma representativa, sobre la base 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.

Las Constituciones fundamentan normativamente la juridicidad del Estado. Por ello, un Estado que titubee o carezca del poder para garantizar la plenitud de la producción democrática en su propia dimensión constitutiva ofrecería un modelo con bajísima intensidad en su ciudadanía plena; mejor dicho, una ciudadanía en sentido parcial.

Desde fines del siglo xx, la democracia como forma de orientación política del Estado, gracias a la fina distinción de Guillermo O'Donnell, puede ser comprendida como representativa o institucionalizada, y delegativa o no institucionalizada⁵⁵. En la enorme mayoría de los países de América del Sud, las democracias constitucionales son representativas en sus letras jurídicas fundadoras; es decir, queda institucionalizado que el cuerpo electoral elige a ciertos y determinados servidores públicos y estos últimos hablarán por aquéllos y tomarán decisiones para la gobernanza comunitaria. La palabra de la comunidad queda

la sección II, y para no eludir las fallas que emergen de la propia impronta colombiana en su política, transcribo las últimas palabras de Carlos Gaviria: "No aceptemos que Colombia es una democracia, Colombia es una sociedad que tiene vocación democrática en el sentido de que además la comuniquemos, la contagiemos a través de la educación, pero esta no es una democracia... Hay que ser realista. Cuando yo digo 'esta no es una democracia' no estoy execrando a la sociedad colombiana sino que estoy situándola de acuerdo con mi percepción de donde debe estar. Es una democracia por construir, es una democracia germinal y para construir esa democracia el primer ingrediente es la educación". V. GAVIRIA Díaz, Carlos: "¿Cómo educar para la democracia?", Bogotá, Cuadernos Ex Libris, Escuela de Maestros Gimnasio Moderno, 2015, p. 28.

⁵⁵ O'DONNELL, Guillermo: *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1997, pp. 287-304.

en la esfera representativa de los servidores públicos, porque la deliberación que implicaría una democracia directa resulta una ponderación inviable. Se espera que los representantes de los ciudadanos, en todo el cielo estatal, elaboren decisiones racionales y que ellas sean escrutadas por controles de todo tipo, porque existirían instituciones fuertes para hacerlo. La consabida responsabilidad política y jurídica del decisor constituye una figura cenital del modelo.

Al fundarse las repúblicas sudamericanas, en pleno siglo XIX, existían solamente tres modelos racionales para ordenar el sistema de gobierno: el presidencial, el parlamentarismo británico y el monárquico constitucional europeo⁵⁶, siempre que se juzgase fuera la bruta irracionalidad de cualquier autocracia. Casi todos los países de América del Sud han copiado el modelo presidencial inventado por la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Al cabo de 200 años, también lo han deformado y devaluado. Hay un fruto silvestre que nace y se desarrolla en la región sudamericana: la democracia delegativa. Ella se aprovecha del ambiente del presidencialismo⁵⁷ para disponer de un hábitat inherente para desgarrar ciudadanía, aunque no supone ni un desagradable aviso de retorno a la autocracia, ni por cierto un encomiable progreso encaminado hacia una democracia más abierta y decididamente plural.

La democracia delegativa hace pie en el hecho de que una persona ganará la elección presidencial porque es “fuertemente individualista”⁵⁸. Tal ciudadano creará sentirse autorizado a gobernar como le plazca. Quizá tenga una restricción: la realidad emergente de las relaciones de poder y la limitación constitucional del término de su representación, que, en caso

⁵⁶ V. VALADÉS, Diego: “Formación y transformación del sistema presidencial”, en AA.VV.: *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D.F., IJ, UNAM, 2014, p. 185.

⁵⁷ Probablemente, los líderes de la Independencia, en América del Sud, obraron de tal modo porque la forma republicana no encajaba con los otros modelos y el contexto institucional del neonato “Derecho constitucional comparado” no mostraba muchas más opciones.

⁵⁸ O’DONNELL, Guillermo: *Contrapuntos...* ob. cit., p. 294.

de existir, siempre tratará de ser reformada hacia un modelo eterno o más o menos vitalicio⁵⁹.

La democracia delegativa se desarrolla con bravura en el presidencialismo. La gobernanza del presidente no necesitará guardar congruencia con anuncios realizados en la campaña electoral. Una vez elegido el presidente en el ámbito de una democracia delegativa, en general bajo el absolutismo de las pasiones, es esperable que los delegantes-ciudadanos constituyan complacientemente una audiencia pasiva de todo lo que haga el presidente. De allí hasta un estilo mágico de hacer política hay solo un paso, o quizá no lo haya, porque el mandato delegativo asume, en su mismidad, dicha naturaleza genuina. En la lógica de la delegación, la despolitización de la ciudadanía es un acto típico, en virtud de que el presidente cree que él y no otro es un delegado, el único de un electorado cuya providencia alumbrará con su inteligencia para siempre. Casi un hecho divino. Para muchos presidentes en América del Sud, por tanto, el “optimismo” sobre su gestión se puede insinuar con el siguiente discurso: “lo bien que está todo cuando manifiestamente todo está muy mal”⁶⁰.

En los escenarios de democracia delegativa, los partidos políticos, las organizaciones no gubernamentales, el Congreso, los servicios de comunicación audiovisual y el auditorio ciudadano son libres, desde luego. Sin embargo, pueden constituir un estorbo u obstáculo a la tarea del presidente, quien en su carrera hacia el absolutismo cree reunir el destino u horizonte del país. La diferencia radical entre “democracia delegativa” y “democracia representativa” es la debilidad de los controles (horizontales y verticales) y de las instituciones políticas, en particular: una jurisdicción sumisa. La red de controles que puedan examinar y cuestionar no es puesta en funcionamiento o, cuando se ejecuta, es extremadamente débil⁶¹.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 293.

⁶⁰ ROA BASTOS, Augusto: *Yo el supremo*, Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2017, p. 193.

⁶¹ O'DONNELL, Guillermo: *Contrapuntos...* ob. cit., p. 295.

Reconozco –reitero– que la democracia delegativa no es autocracia, pero no permite la institucionalización plena de una democracia abierta y plural. Además, hay un elemento crucial en este modelo: el líder elegido, casi siempre en comicios auténticos y bastante transparentes, juzga contar desde el inicio con una legitimación para convertirse en el realizador de la más inspirada obra en beneficio de la comunidad. Hay un pecado original en la democracia delegativa que la condena para siempre: su negación del debate plural. Al encerrar la institucionalidad básica en las modestas razones y pasiones de un solo hombre, su resultado fatal sólo es cuestión de tiempos. Jamás un presidente será capaz, en su singularidad, de encontrar y desarrollar la más robusta distribución de las bendiciones existenciales para los ciudadanos que integran una comunidad.

Si la democracia es un obrar de los ciudadanos, en el concepto de “república” halla su casa; en sentido constitucional, la posibilidad de vivir en libertad y en el seno de una sociedad abierta. Para ser vivida, la república, como “forma de gobierno”, debe mantenerse abierta la posibilidad de que existan iniciativas robustas y alternativas pluralistas semejantes. Sin división de poderes, sin comicios auténticos, con ausencia de publicidad de actos de gobierno, con servidores irresponsables y sin estricta periodicidad de funciones, resulta imposible explicarlo, porque las indivisiones, el despotismo, la inidoneidad, los secretos y la falta de alternancia inhiben e impiden a cualquier minoría oponerse u enfrentar radicalmente cualquier pretensión mayoritaria.

Novena. Mediante la reforma, el artificio constitucional afianza la estructura del Estado, al permitir cambios en la regla suprema, que, por cierto, nunca será copia ni imitación de ningún ente u objeto perfecto e ideal. Por eso corresponde habilitar la propia metamorfosis de la Constitución, proceso que tendrá límites determinados en la suma regla del orden estatal. 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 orden. 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.

El poder constituyente reformador, cuya función propia es instaurar un nuevo conjunto de disposiciones constitucionales que mantiene la secuencia de validez, se encuentra diseñado, con diferentes modelos en los diferentes textos constitucionales. No obstante, todos esos procesos poseen un denominador orientador en común: prohijar la producción constituyente, la creación de normas constitucionales.

Cada uno de esos procesos contiene –siempre– determinadas etapas, insustituibles, enmarcadas en la Constitución. Por lo general, además, una relación ontológica esencial une las etapas del proceso reformador con bastante nitidez. Las etapas del proceso constituyente conforman un todo, el propio proceso reformador de la Constitución. También, por regla, cada uno de los actos cumplidos en el ámbito del proceso reformador posee relevancia superior a los actos cumplidos en la órbita de los poderes constituidos ordinarios y cotidianos. Por lo tanto, un determinado proceso reformador de la Constitución será válido, formalmente, si ha satisfecho todos los requisitos fijados en cada una de las etapas previstas para el cambio, esto es, su segura, propia y radical secuencia de validación normativa. Mucho más complejo resulta definir la irregularidad por violación de límites materiales (sobre la inconstitucionalidad de una reforma y su control, remito a la sección IV.C).

Décima. La experiencia demuestra que muchas veces se realizan “cambios políticos” sin apelar al proceso de reforma constitucional. Además, por la fuerza normativa de lo fáctico, tales cambios políticos, muchas veces, desgraciadamente, se

imponen y causan una herida sangrienta en el orden estatal. El cambio constitucional aquí teorizado sólo se puede configurar por el proceso de reforma previsto en la Ley fundamental. Respecto de esto último, podría argüirse que se trata de un dogmatismo caprichoso. No es así, porque la Constitución constituye la “clave de la confianza”⁶² de la política comunitaria; fuera de sus canales, sólo corresponderá aguardar la ausencia de control, ergo, la devaluación tajante de toda su capacidad procesal regulativa y, por ende, el camino sin señales ni contenciones hacia la anarquía más desviada.

Entonces, prescindir del Derecho para producir cambios políticos en la más alta cumbre de la ordenación se compadecerá, quizá, con actos del poder político y se identificará con la pura fuerza emanada de la voluntad. En otras palabras y más directamente: podrá clamarse que tengan contenido jurídico, pero no serán Derecho constituyente del Estado constitucional porque carecerán de su razonada conjugación elaborada.

IV.B. Justificación del asunto

De acuerdo con la propuesta trazada en la sección II, ahora corresponde examinar la CPC 1991.

Primero. La Constitución colombiana en vigencia fue sancionada y publicada en julio de 1991⁶³. Desde entonces ha

⁶² VALADÉS, Diego: “Todo cambio es constancia. Apuntes para una reforma constitucional”, en AA.VV., *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, D.F., UNAM, 1998, p. 557.

⁶³ Todos los Estados sudamericanos tienen uno o varios autores que pertenecen o han pertenecido al movimiento literario denominado “realismo mágico”. En 2018 se cumplen 70 años desde que el término, probablemente, fue utilizado por Arturo Uslar Pietri en su ensayo “El cuento venezolano”, en la obra *Letras y hombres de Venezuela* (Madrid, Editorial Mediterráneo, 1978, p. 287): “Lo que vino a predominar en el cuento y a marcar su huella de una manera perdurable fue la consideración del hombre como misterio en medio de los datos realistas. Una adivinación poética o una negación poética de la realidad. Lo que a falta de otra palabra podría llamarse un realismo mágico”. A su vez, en 2017 se cumplieron los primeros 50 años de la salida de las prensas de la mágica novela de Gabriel García Márquez: *Cien años de soledad*. La “congregación del realismo mágico” configuró, quizá, un movimiento y acaso una teoría literaria; empero, en todos nuestros Estados se desarrollan sucesos

sido reformada en reiteradas oportunidades –aunque Colombia posee y padece un mecanismo de “declaración de inexequibles” de las enmiendas en la sede de la Corte Constitucional de Colombia (CCC)–, sin desvanecer ni devaluar las prescripciones originarias de los principios y las reglas que la nutren y desarrollan en las 380 piezas de su articulado gestado con naturaleza permanente.

En su cabecera se emplaza el “Preámbulo”⁶⁴. Luego, sus trece Títulos, a saber: I. “De los principios fundamentales”; II. “De los derechos, las garantías y los deberes”; III. “De los habitantes y del territorio”; IV. “De la participación democrática y de los partidos políticos”; V. “De la organización del Estado”; VI. “De la rama

dignos del género literario, que se inspiran en él o lo superan. Los actos de elaboración, sanción y publicación de una Constitución son decisivos y determinados sobre un objeto mundano, motivo por el cual podrían ser perfectamente narrados y ubicados en el tiempo y en el espacio. El Secretario General de la Asamblea Constituyente dice que la CPC 1991 no fue “sancionada” por la Asamblea “como cuerpo deliberativo sino por los constituyentes reunidos, informalmente, en ceremonia solemne” la noche del 4/7/1991, “sin que aún existiera la codificación del articulado aprobado reglamentariamente por la dicha Asamblea”. La publicación del “cuerpo básico” se realizó, en la *Gaceta Constitucional*, número 114 del 7/7/1991. Luego, el 20/7/1991, en el número 116 de la *Gaceta Constitucional*, se publicó una “recodificación” que superó omisiones e imperfecciones de la publicación del 7 de julio. V. Pérez Escobar, Jacobo: *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 1997, p. 9. Finalmente, el 10/10/1991 se cumplió una nueva publicación, en la *Gaceta Constitucional*, número 127. Según se infiere, esta última contiene el texto utilizado en esta investigación para su exegesis y comentario. Entiendo que significaría un error básico que los colombianos imaginen que los acontecimientos narrados solamente pueden suceder sobre su benigna tierra, bajo su generoso sol y en el marco de su magnífico ambiente natural y social. El realismo mágico abraza a todos nuestros países. Por lo demás, la CPC 1991 contiene una regla de clausura del orden jurídico en su art. 380: “queda derogada la Constitución hasta ahora vigente con todas sus reformas. Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación”.

⁶⁴ Las doctrinas de los autores en los países de América del Sud difieren en la cotización de los preámbulos constitucionales. Así, en la Argentina existe un consenso extendido respecto de su naturaleza normativa; en cambio, en Brasil no se le otorga valor prescriptivo. Desde la doctrina judicial, la CCC ha destacado el poder vinculante del Preámbulo, en tanto sustento del orden que propiamente instaura la CPC 1991. Por tal razón, toda norma que desconozca cualquiera de los fines en él señalados lesiona la Constitución porque traiciona sus principios. Además, los magistrados de la CCC también han sostenido que la declaración del Preámbulo forma “parte integrante” de la CPC 1991. V. Sentencia C-479/92, 13/8/1992, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/c-479-92.htm>, consultada por última vez el 25/5/2018.

legislativa”; vii. “De la rama ejecutiva”; viii. “De la rama judicial”; ix. “De las elecciones y de la organización electoral”; x. “De los organismos de control”; xi. “De la organización territorial”; xii. “Del régimen económico y de la hacienda pública” y xiii. “De la reforma de la Constitución”. Finalmente, las “Disposiciones transitorias” se articulan en más de 60 piezas no permanentes; esta colección ha crecido en cantidad de palabras con los actos legislativos 1/2016 y 1, 2 y 3 del 2017, por intermedio de los cuales se establecen diversos instrumentos para la terminación de una “guerra sin nombre” y construir una paz estable y duradera.

Segundo. La CPC 1991 es una Ley fundamental concebida globalmente, poseedora de innovaciones en materia de organización política, social, económica y cultural, aunque no modificó el sistema de gobierno “fuertemente presidencialista”⁶⁵. Las innovaciones económicas, sociales, políticas y jurídicas se hacen sentir desde el Preámbulo hasta las disposiciones transitorias. En sus 27 años de vida ha sido reformada por más de 45 actos legislativos que han diseminado, a su vez, cambios en 100 de sus artículos permanentes o transitorios.

La CPC 1991 posee funciones de carácter político (cauce procesal para la formación de la decisión del Estado), jurídico (regla fundamental de la comunidad) y simbólico (paradigma del pluralismo de la sociedad). También cumple una interesante función “pedagógica”⁶⁶. Así, pues, en el artículo 41 se ordena:

En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y

⁶⁵ BUSHNELL, David: *Colombia. Una nación a pesar de sí misma. Nuestra historia de los tiempos precolombinos hasta hoy*, Bogotá, Planeta, 2003, p. 393.

⁶⁶ Desde el punto de vista normativo, la simiente proviene, muy posiblemente, del art. 377 de la Constitución de Francia de 1795: “El pueblo francés deposita la presente Constitución en la fidelidad del Cuerpo legislativo, del directorio ejecutivo, de los administradores y jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al efecto de los jóvenes ciudadanos, a la cordura de todos los franceses”. Desde la dogmática científica, la obra de Peter Häberle, *Cartas pedagógicas a un joven constitucionalista* (Niedersachsen, Alemania, *European Research Center of Comparative Law*, 2013) constituye una obra erudita, original y francamente fundamental en la instrucción y educación del Derecho constitucional.

la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución.

Esta naturalización de la función pedagógica indicaría que la lengua constitucional podría inducir a todos los seres humanos a quienes obliga a realizar una comprensión estudiada de su escenario lingüístico, con el objeto de desarrollar el dominio individual que cada uno de ellos podría disponer sobre la realidad.

Tercero. Destaco, ahora, los enunciados que en su conjugación fecunda programan la armazón del Estado y su sujeción al Derecho de la Constitución. Más allá de la ductilidad cierta o incierta de la “simple declaración” constituyente, corresponde indicar que desde su Preámbulo se anuncia, sin presuntuosidad pero con vocación normativa, lo siguiente:

El Pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia.

A su vez, las primeras palabras de las prescripciones constitucionales, precisamente en el artículo 1, se dirigen a ordenar:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Luego, en el artículo 3 se encuentra una determinación jurídica clave: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo,

del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”. Téngase presente que, más adelante, en el artículo 113, se determina taxativamente que “son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial”.

Los enunciados referidos dan suficiente cuenta de la idea de constituir un Estado, el origen del poder y el criterio para su ejercicio. La sujeción del Estado al Derecho de la Constitución se encuentra de modo indubitable en las referencias alegadas. Todo se corona en el artículo 121: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

El Estado colombiano posee, desde 1991, una de las reglas señeras, quizá la mejor redactada sobre supremacía constitucional. Me refiero al artículo 4:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Dispuesta la subordinación del Estado al Derecho de la CPC 1991, sólo resta indagar la cuestión del espacio jurídico del DIDH, según menciona el propio instrumento en el artículo 93:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben en su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La aparición de esta regla positiva en el mundo jurídico constitucional de América del Sud ha provocado, significativamente, nuevos deslizamientos, porque ha cambiado el sistema de fuentes, al referirse propiamente sobre la materia. De manera

decidida el constituyente se inclinó por el criterio de la prevalencia en el “orden interno” del DIDH. No obstante, en el caso de los “derechos y deberes” consagrados por la propia Constitución colombiana de 1991, configura un patrón de interpretación, dado que ellos deberán ser interpretados “de conformidad” con los tratados internacionales sobre DDHH ratificados por Colombia.

No es objeto de estas líneas hacer una digresión sobre si la CPC 1991 debe ser calzada dentro del marco del ámbito referenciado como Derecho interno o no debe ser enmarcada como tal; esto es, si la prevalencia del DIDH se desenvuelve en todo espacio y tiempo. Sin embargo, nótese que la ordenación constituyente por la fórmula “de conformidad” se encuentra lejos de una mera o simplificada referencia; tal circunstancia anida, cuanto menos, un parámetro para la realización constitucional. La única dificultad tangible para los ciudadanos y servidores públicos podría reposar en que sea necesaria una previa investigación de campo para hallar los “tratados y convenciones” que reconocen el DIHH y que han sido “distinguidos” con su “ratificación” por el Congreso colombiano.

Cuarto. La creación constitucional, ya sea la primera instauración de la Ley fundamental o su reforma, se lleva adelante en los momentos constituyentes. En otras palabras, en los momentos constituyentes, los ciudadanos que integran el pueblo, representados por sus asambleístas o en forma directa por derecho propio, pueden dar lugar al ejercicio del poder que permite la configuración constitucional que da fundamento al Estado. Por eso, se naturaliza y califica a este poder constituyente como “originario” o “derivado”⁶⁷.

Sobre el poder constituyente originario se ha dicho que es aquel que organiza y da asiento jurídico por primera vez a una comunidad⁶⁸. En mi opinión, el poder constituyente originario

⁶⁷ BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 188.

⁶⁸ SPOTA, Alberto Antonio: *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1993.

es aquella fuerza capaz de establecer las bases de la estructura política, económica, cultural y jurídica de una comunidad estatal, en un espacio territorial y un tiempo determinado. El poder constituyente derivado es el que se ejerce para canalizar las preferencias ciudadanas y variar el contenido de la Constitución, merced a su proceso de reforma.

El poder constituyente originario, ejercido en la etapa de la fundación o de organización primigenia del Estado por intermedio de la Constitución, básicamente no tiene límites. La creación jurídico-constitucional queda sometida, con exclusividad, a la deliberación y discusión política que le da nacimiento. Resulta muy difícil adjudicar límites jurídicos al acto constituyente de instauración de la primera Ley fundamental, cuya naturaleza y peso son eminentemente políticos. Desde el punto de vista lógico, la colocación de límites jurídicos al acto constituyente auroral constituye una falacia. No obstante, aunque el Derecho positivo no implica la democracia, esta última sí “implica, necesariamente, al Derecho”⁶⁹.

En consecuencia, la fundación del Estado constitucional y “democrático” sí se halla limitada por una combinación de reglas que confieren soberanía al individuo singular y autodeterminación colectiva a tales individuos como integrantes de la comunidad, por las que se los tutela y dignifica a todos en cuanto personas y se iguala la participación política de todos en cuanto ciudadanos. También debería añadirse la conglobación emanada del constitucionalismo global, fruto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, creados a partir de las lecciones de la historia en el siglo xx. En su *Ética nicomaquea*, Aristóteles sostuvo que el “cambio perpetuo” de las leyes humanas era una opinión “verdadera en parte”⁷⁰; dicha variación dialéctica del capital jurídico, en el siglo xxi, tiene una contención, la que se anima en las esperanzas depositadas en

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi: *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, t. 2: “Teoría de la democracia”, ob. cit., p. 17.

⁷⁰ ARISTÓTELES: *Ética nicomaquea*, Buenos Aires, Losada, 2007, p. 186.

principios de Derecho internacional que ilustran la emancipación universal de los seres humanos.

En cambio, cuando se lo ejerce para reformar o variar la regla jurídica básica del Estado, se está en presencia del poder constituyente derivado. En los momentos constituyentes en que se ejerce el poder constituyente derivado, existen límites formales o, eventualmente, materiales. Los límites formales determinan a qué sujeto calificado compete y a qué procedimiento específico debe atenerse la realización de la creación constitucional reformadora. Así, los límites del mundo constitucionalmente posible de la propia CPC 1991 son puestos por su propio lenguaje prescriptivo.

También se determinan límites materiales al cambio constitucional. Estos topes definen obstáculos a la reforma. En pocas palabras, plantean o disponen la invariabilidad de determinado fragmento de la materia constitucional. Tales prohibiciones pretenden impedir que una reforma recaiga sobre determinado contenido constitucional. Se comprenderá la importancia que asume la cuestión sobre los límites materiales al poder de reforma, peculiarmente, en aquellas Constituciones que contemplan que pueden reformarse “en el todo”, o que sin decirlo lo habilitan implícitamente, o no prohíben la variación en cualquiera de sus partes. La Constitución colombiana puede reformarse en el todo (referendo o por Asamblea Nacional Constituyente), o al menos ello no se encuentra prohibido, aunque de esta afirmación no se deriva que no existan límites materiales o reglas de intangibilidad.

Quinto. Desde su Preámbulo, la Ley fundamental colombiana anuncia que “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente [...] decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia”. Para desarrollar ese postulado, en el artículo 3 se determina que el pueblo ejerce el poder soberano en “forma directa” o por “medio de sus representantes” y dentro de los patrones ordenados en la propia Ley fundamental.

Muchas Constituciones formulan, por regla normativa, que el poder emana del pueblo. Por lo demás, se trata de un feliz acontecimiento, porque la regla constitucional se separa de la errónea doctrina normada en el artículo 2 de la Constitución de 1886, en tanto se disponía que “La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece”.

El término “nación” tiene carta de ciudadanía en el discurso político institucionalizado en documentos jurídicos a partir de la Revolución francesa de 1789. De allí en adelante impregnó el discurso de las fuentes dogmáticas y luego de las normativas. “Nación” correspondería ser entendida, por ejemplo, como un grupo o asociación de hombres unidos por un lazo natural, consecuentemente eterno. La “nación”, captada como grupo, asociación o comunidad –típica forma de sociabilidad natural o espontánea–, no es persona jurídica ni sujeto de derechos; ergo, no puede convertirse u ordenarse como Estado. De acuerdo con la tesis primitiva alentada en esta disertación, el fundamento de todo es el ciudadano, concretamente la unión mancomunada de todos ellos y que da lugar al elemento natural del Estado; mal grado, pues, podría residir en una “nación”, que carece de la reunión libre de las individualidades atomísticas, la fuente misma de todo el poder político.

La CPC 1991, según se dispone en el artículo 374, instituye tres procesos singulares para reformar la Ley fundamental: por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

En primer lugar, me refiero al Congreso. La tarea legislativa es básica en la actuación congresual. Al respecto, hay una disposición curiosa en la CPC 1991, el artículo 150, inciso 1. Allí se dispone, en cuanto aquí concierne, que “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones. 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes”. Si a ello se suma, como se examina a partir del párrafo que sigue abajo, que el Congreso puede emitir “actos legislativos” reformatorios de la Ley fundamental, inquieta conocer el alcance de lo normado

en el artículo 150, inciso 1. Así, a poco que se examine que los Congresos, en la abstracción propia de la teoría constitucional y en la base empírica sugerida por el Derecho constitucional comparado, son el teatro de la deliberación democrática y el órgano para desarrollar una Constitución, no hay que lidiar con el artículo 150, inciso 1. Intuyo que se trata de un pleonasma jurídico, dado que para legislar, ya sea en versión ordinaria o extraordinaria, siempre, el ser humano, con naturaleza previa ha de conocer. Según mi comprensión, el verbo “interpretar” adquiere vitalidad a condición de que su ámbito semántico se refiera al hecho de que el Congreso declara para sí mismo –es decir, para sus integrantes– el propio “sentido del orden jurídico”, antes de reformar o derogar.

En el orden jurídico colombiano también el Congreso puede asumir el poder constituyente derivado. Cuando el Congreso de Colombia concreta una reforma constitucional, lo hace bajo la forma de un “acto legislativo”. Todas las reformas que se han realizado desde 1991 han sido calzadas dentro de este escenario constituyente, excepto la referida a “pérdida de derechos políticos” (2004), que fue “decretada” por “el pueblo de Colombia”, dentro del régimen establecido para el “referendo constitucional”.

En el artículo 375 se instituye que pueden articular proyectos de “acto legislativo” sobre reforma constitucional (AL) los siguientes actores sociales: “... el Gobierno⁷¹, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los

⁷¹ CPC 1991, art. 115: “El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

“El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

“Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables”.

diputados⁷² y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente”. En el artículo 237, inciso 4, también se atribuye legitimación al Consejo de Estado para “preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución”. Asimismo, el Consejo Nacional Electoral tiene atribuciones para presentar “proyectos de acto legislativo” (art. 265, inc. 5).

El trámite del proyecto de acto legislativo se realizará en dos períodos congresuales ordinarios y consecutivos; el primero se extiende desde el 20 de julio hasta el 16 de diciembre, y el segundo, desde el 16 marzo hasta el 20 de junio. Aprobado en la primera vuelta, “por la mayoría de los asistentes” tanto de la Cámara de los Representantes como del Senado, el proyecto será publicado por el Gobierno. La publicación en el *Diario Oficial* aumentaría las posibilidades de conocimiento y discusión del proyecto en el auditorio comunitario.

Particularmente, la participación ciudadana, tesis primitiva anunciada en este escrito, encuentra en el artículo 375 constitucional un corolario bien dispuesto; no obstante, más allá de la precisión semántica de la norma que habilitaría el debate en el ágora, la mera publicación del proyecto de AL no conduce por sí misma a la prospección y al escrutinio riguroso de su textura. En paralelo, la costumbre demuestra que el Gobierno aprovecha el escenario para confiar un análisis y valoración del proyecto de AL, ya sea para impulsarlo o impedirlo, texto que resulta enviado al Congreso. Luego de su “publicación” y para conseguir su aprobación, el acto legislativo requerirá una segunda vuelta de aprobación congresual; en este caso, se exigirá el apoyo de “la mayoría de los miembros de cada Cámara”.

Sin embargo, hay determinados “actos legislativos” cuya variación, por imperativo constitucional, queda también sometida

⁷² En el art. 155 de la CPC 1991 se establece que podrán presentar proyectos de reforma constitucional el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. A mi juicio, en el ámbito de la antinomia descrita, debería prevalecer la legitimación estipulada en la regla especial, esto es, la dispuesta en el art. 375.

a referendo. En efecto, según lo ordenado por el artículo 377, deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 (De los derechos fundamentales) del Título II, y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. Finalmente, en la misma norma se añade que la reforma quedará derogada por el voto negativo de la mayoría de los votantes, siempre que en la elección popular hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

En segundo lugar, en cuanto a la Asamblea Constituyente, la iniciativa para su convocatoria reside con exclusividad en el Congreso. No hay otro sujeto constitucionalmente legitimado para impulsarla. En el artículo 376 de la CPC 1991 se dispone que por intermedio de "... una ley aprobada por mayoría de los miembros de una y otra Cámara, el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine".

No existe un manual del usuario para disponer reglas sobre las reformas constitucionales. La reforma es un fragmento de cualquier Constitución y se une a los otros tres fragmentos que completan el todo del mapa teórico: las simples declaraciones; los derechos, bienes y deberes fundamentales y la distinción de funciones junto con el control del poder. Por lo general, las reglas sobre la reforma tienen una presentación literaria conjunta en la textura constitucional para evitar dispersiones, las que, a su vez, serían susceptibles de generar alguna distorsión interpretativa, mayor o menor, salvable o no salvable.

En el caso de la Asamblea Constituyente colombiana, para completar su itinerario hay que pasar del Título XIII ("De la reforma de la Constitución") al Título VIII ("Rama Judicial". Capítulo 4. "De la jurisdicción constitucional"). Aprobado el proyecto por el Congreso, tal como se describe en el párrafo

anterior, el pueblo no intervendrá de inmediato. Según se ordena en el artículo 241, inciso 2, jugará un papel extraordinario la CCC, órgano al que se atribuye competencia para “Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria [...] a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación”. Así, una vez sancionada la ley que convoca la consulta, el Presidente de la República la remitirá a la Corte Constitucional para que ésta decida previamente sobre su constitucionalidad formal.

Finiquitado el trámite en la CCC, la convocatoria a la Asamblea Constituyente la realizará el pueblo, si así lo aprueba, cuanto menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral (art. 376, ap. segundo). Naturalmente, el pueblo, aquí, determinará la agenda jurídica de debate “en” y “de” la Asamblea Constituyente, dado que no es razonable ni justificable aguardar su cambio por los propios asambleístas, que fijasen cualquier contenido deseado por ellos, en el momento constituyente propio que se constituya el órgano reformador. Si bien la reforma constitucional puede ser total, en este caso, la “competencia” para variar totalmente la CPC 1991 tiene que ser determinada de antemano en la propia convocatoria congresual.

Además de la propia aprobación del Congreso, deberá gozar del beneplácito del control previo de constitucionalidad y la anuencia del cuerpo electoral en los porcentajes exigidos por la Ley fundamental. La Asamblea Constituyente no debería reformar la CPC 1991 si no se siguiese el protocolo indicado; todo ello, sin perjuicio, de los contenidos que se juzguen irreformables, tal como describo más arriba, en el párrafo *Cuarto* de esta misma subsección y también más abajo, en la subsección IV.C.

Los representantes del pueblo que integrarán la Asamblea Constituyente deberán ser elegidos por el “voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro” (art. 376, tercer ap.). Respecto de la integración de la Asamblea Constituyente, la CPC 1991 no ha contemplado el sistema

electoral aplicable. Además, legalmente se ha dispuesto que “... la consulta para convocar una Asamblea Constituyente y la elección de sus delegatarios serán dos actos separados”; esta última deberá realizarse entre los dos y los seis meses a partir de la fecha de la expedición de la ley. Las dos votaciones no podrán coincidir con otro acto electoral (art. 63, Ley 134 [de 1994]).

Por su parte, en el artículo 376 se prescribe que “A partir de la elección quedará en suspenso la facultad ordinaria del Congreso para reformar la Constitución durante el término señalado para que la Asamblea adelante sus funciones”.

Por último, en cuanto al referendo ciudadano, en la escritura de la CPC 1991 se descubre la “participación democrática y de los partidos políticos”. Para tales fines se dispone todo el Título IV de la Ley fundamental, independientemente de la conjugación de otras normas que se refieren a la materia y que también penetran en su textura.

El Título IV se divide en los siguientes capítulos: 1 (“De las formas de participación democrática”); 2 (“De los partidos y de los movimientos políticos”); 3 (“Del Estatuto de la oposición”). Las normas allí planteadas forman un clarísimo gesto colectivo del poder constituyente originario, cuyas figuras y colores participativos se irradian hacia la comprensión global de la “presentación literaria”⁷³ de la Ley fundamental colombiana de 1991. Al respecto, resulta ilustrativo el texto contenido en el artículo 103: “Son mecanismos de participación del pueblo en

⁷³ Con motivo del 20º aniversario de la CPC 1991, se ha narrado la intervención de Gabriel García Márquez en “la elaboración de la propuesta constitucional del Gobierno”. Humberto de la Calle, a la sazón representante del Gobierno ante la Asamblea Constituyente, ha dicho que por pedido del Premio Nobel de Literatura de 1982, “... le enviábamos copias de los borradores del proyecto del gobierno. No sólo se interesó en la redacción, sino que expuso sus juicios en notas manuscritas al pie del los documentos. Al ver la propuesta de Preámbulo y enfrentar la discusión sobre la mención de Dios [...], García Márquez propuso que se dijera que la Constitución se expedía ‘en nombre de todos los Dioses de Colombia’. Esta iniciativa fue recogida por los grupos indígenas”. V. De la Calle, Humberto, “La pluma de García Márquez en la Constitución”, *El Espectador*, Bogotá, 3/7/2011, disponible en <https://www.elespectador.com/content/la-pluma-de-garc%C3%ADa-m%C3%A1rquez-en-la-constituci%C3%B3n>, consultado por última vez el 25/5/2018.

ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará”.

En cuanto concierne estrictamente con esta escritura, el referendo es un magnífico instrumento de participación ciudadana. Una o varias normas jurídicas son sometidas al escrutinio ciudadano, cuyo juicio de aprobación o rechazo culmina el proceso de producción normativa: la palabra final de cada uno de los ciudadanos que integran el pueblo. La infinitesimal alícuota que cada ciudadano posee, por la envergadura misma de su emplazamiento como tal, adquiere un vigor inusitado en la participación democrática del referendo. La producción jurídica comienza, descansa y termina en la decisión de cada ciudadano, cuando transita la significancia del referendo.

El referendo no hace que un Estado constitucional sea más o menos democrático; definitivamente, la espesura de la institución puede medir la propia extensión de la forma democrática del ente. El referendo es como una puesta de sol, inconfundible por sus cualidades físicas y por su energía cívica. Líneas más arriba he insinuado con firmeza que la ciudadanía tiene voz propia pero no única, porque, precisamente, el conjunto de esas voces configura la arquitectura misma del pluralismo.

De conformidad a los artículos 155 y 378 de la CPC 1991, se instituye que disponen de iniciativa para proponer una reforma de la Ley fundamental, por la vía del referendo, un grupo de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva, o el gobierno.

A su turno, le corresponderá decidir al Congreso respecto de la iniciativa de referendo presentada por ciudadanos o por el Gobierno. En el apartado final del artículo 155 se ordena que “Los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las Cámaras en todas las etapas del trámite”.

Para que prospere el sometimiento del proyecto de reforma constitucional a referendo, será necesaria “la aprobación de la

mayoría de los miembros de ambas Cámaras” (art. 378). Si el Congreso decidiese avanzar con el referendo sobre un proyecto de reforma constitucional, deberá incorporarlo a la ley de convocatoria y será “... presentado de manera que los electores puedan escoger libremente en el temario o articulado qué votan positivamente y qué votan negativamente” (art. 378).

Repárese en el siguiente detalle constitucional. Una vez sancionada la ley que convoca al referendo sobre un proyecto de reforma constitucional, antes del pronunciamiento ciudadano, corresponderá, aquí también, la intervención de la CCC sobre la constitucionalidad de la convocatoria, aunque sólo sobre vicios en el procedimiento (art. 241, inc. 2). Será el presidente de la República, en este caso, el servidor público encargado de remitir el proyecto de reforma por la vía del referendo a la CCC.

Culminada la intervención del poder constituido CCC sobre un acto típico del poder constituyente derivado, en este caso, el proyecto de reforma constitucional requerirá “... el voto afirmativo de más de la mitad de los sufragantes, y que el número de éstos exceda de la cuarta parte del total de ciudadanos que integren el censo electoral”, según se exige en la última parte del artículo 378.

Para finalizar, no hay recetas que otorguen bases de certidumbre para distinguir la robustez o debilidad del constitucionalismo. El hecho concreto de que dos o tres Constituciones contemplen, con lenguaje “semejante”, una determinada institución, no implica el desarrollo “semejante” de las Leyes fundamentales. Cada texto constitucional –el abanico de su articulado finito– se enmarca siempre en el contexto cultural⁷⁴ que lo arropa. Ningún texto posee un carácter ilimitado, porque su realización siempre deberá, forzosamente, detenerse en los alcances racionales que orientan su sentido. El sinsentido, la irracionalidad, no es una tarea computable para el saber o dogmática constitucional. Por todo ello, la participación ciudadana,

⁷⁴ HÄBERLE, Peter: “La Constitución en el contexto”, ob. cit., p. 228.

en este caso por la vía del referendo, constituye una instancia capaz de dividir, acaso, los modelos constitucionales de América del Sud.

Así, como se lee en las letras escritas más arriba, hay modelos, como el colombiano, que lo contiene, aunque lo conduce, por momentos, sobre arenas movedizas. También existen otros, como el de la orden constitucional de la Argentina, que no lo contempla, y hasta alguna dogmática autoral sostendría que se encuentra prohibido constitucionalmente. Dada entonces la importancia decisiva que se atribuye en este escrito a la participación más robusta de la ciudadanía, ha llegado el momento de repetir que “nada está perdido si se tiene por fin el valor de proclamar que todo está perdido y que hay que empezar de nuevo”⁷⁵. Obviamente, me refiero, por un lado, a los modelos constitucionales que desautorizan la inclusión del ciudadano en el proceso de variación constitucional y, por otro, a aquellos que lo autorizan, pero que merecerían ser perfeccionados.

IV.C. Interludio. La doctrina de la sustitución en el ámbito de la Constitución de 1991

La CCC tiene un rol importante dentro de los procesos de reforma constitucional. Una participación distintiva, dueña de un protagonismo bastante inusual, en la comparación de los modelos constitucionales de América del Sud. Más arriba ya he insinuando su papel institucional respectivo.

Se ha visto, pues, que el órgano CCC posee competencia para intervenir con control “previo”, automático y oficioso de los actos reformativos. Recuérdese que ello sucede tanto en las leyes de convocatoria a referendo reformativo de la CPC 1991 (arts. 241, inc. 2, y 378) como sobre las leyes de convocatoria a una Asamblea Constituyente (arts. 241, inc. 2, y 376).

Por su parte, en el artículo 241, inciso 1, se define un control de constitucionalidad *a posteriori*:

⁷⁵ CORTÁZAR, Julio: *Rayuela*, Buenos Aires, Alfaguara, 2004, p. 408.

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

Además, en el artículo 379 se instituye:

Artículo 379. Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título.

La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2.

En los artículos 243 y 244, respectivamente, se determinan los efectos de la sentencia de la CCC:

Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.

Artículo 244. La Corte Constitucional comunicará al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos. Esta comunicación no dilatará los términos del proceso.

La conformidad con la Constitución, en sentido estricto, es decir, constitucionalidad de una reforma, resulta predicable cuando se respetan la forma y los contenidos autorizados por

la propia Ley fundamental, tal como anuncié en la subsección IV.A.bis. Esta conformidad, pues, no es otra cosa que correspondencia: que se satisfagan las condiciones de una relación. La validez de una reforma constitucional es la relación de conformidad entre las disposiciones creadas y las disposiciones que regulan su producción. Por lo tanto, validez de una reforma constitucional es un concepto relacional que designa, fundamentalmente, la relación de pertenencia de un nuevo enunciado con la Constitución, siempre que se hayan observado todas las etapas que regulan y disciplinan su creación normativa.

Por su parte, el significado de la inconstitucionalidad incluye, en el análisis, la idea de disconformidad, no de conformidad. La inconstitucionalidad es un vicio o defecto que, si bien se circunscribe habitualmente al enfrentamiento entre disposiciones infraconstitucionales con la Ley Mayor, puede producirse a nivel de la Constitución misma, cuando por medio de una reforma se violenta el principio de unidad del sistema, configurado principalmente por los lindes prefijados para el desarrollo de una enmienda. Una reforma inconstitucional es la expresión más grave de una patología de la Constitución.

Según la intensidad y la extensión del factor de perturbación, la patología puede acarrear desde una instancia revolucionaria, es decir, el reemplazo de la Constitución por una de pretensiones francamente contradictorias (con fundamento de validez en una regla de reconocimiento antidemocrática), hasta los casos de fisura del sistema. En estos supuestos, en cuanto a ciertos asuntos relacionadas con el proceso de reforma, y únicamente respecto de ellos, existe una diferencia dentro del mundo oficial que conduce a una división en el ámbito de los poderes públicos respecto del criterio para identificar a la Constitución reformada⁷⁶. Convendrá admitir que la inconstitucionalidad de una reforma puede asumir dos formas: una débil, aparentemente remediable; y una fuerte, seguramente irremediable. Tal distinción es consecuencia, a su vez, de esa otra distinción que

⁷⁶ Cfr. HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 146-151.

la dogmática jurídica suele establecer entre validez formal y validez material⁷⁷.

Se podrá predicar que una reforma constitucional es inválida formalmente si no se observó la regularidad de las reglas que ordenan el proceso de reforma. Toda reforma que infrinja o ponga en tela de juicio o de sospecha el cumplimiento estricto de los límites formales podrá ser atacada por portar esta patología: inconstitucionalidad, por haberse infringido tales limitaciones.

En contraste, se predicará que es inválido por razones materiales un cambio que afecte una materia considerada intangible por la Constitución, de imposible modificación por infringir una limitación material. Difícilmente en estos casos la invalidez material pueda ser reconocida, porque se habría abolido la Constitución anterior; se trataría, en rigor, de una invalidez total e irreversiblemente irremediable.⁷⁸

En líneas anteriores (subsección IV.A.bis) he descripto las reglas pétreas que puede contener una Ley fundamental. Paralelamente, se infieren las dudas que dicho material normativo irreformable podría generar. Además, sin sutilezas, me atrevo a pensar y justificar las razones por las cuales la “democracia” (forma política de orientación del Estado) –el método– y la “república”⁷⁹ (forma jurídica que asume el gobierno

⁷⁷ V. GUASTINI, Riccardo: *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 92.

⁷⁸ El constitucionalista Pablo Riberi expresa que “... no es posible que las premisas políticas, deliberativas, popularmente igualitarias del autogobierno en la instancia constituyente puedan verse derogadas por las conclusiones epistémico-sustantivas invalidantes que quieran imponer jueces y académicos”. En cambio, a su juicio, los “límites democráticos-procedimentales” pueden tener asidero. V. Riberi, Pablo: “Límites sobre el poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas en Derecho Público*, Santiago de Chile, Librotecna, 2011, p. 146.

⁷⁹ La Constitución de la República de Italia de 1947 prevé en su art. 139: “La forma republicana no puede ser objeto de revisión”. ¡Una verdadera maravilla de la formulación escrita de la lengua del Derecho constitucional! La dogmática dominante aprecia en la regla un límite material absoluto, insuperable. La Corte Constitucional, en la sentencia 1.146 decidida en Roma, el 15/12/1988, definió que la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial, ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son tanto los

constitucional) –su casa– son las implicaciones más directas de un repaso de la colección de piezas de los diferentes modelos del constitucionalismo en vigor en América del Sud. Asimismo, se distinguen –dentro de una concepción netamente teórica– las etapas del proceso de reforma constitucional y, en su ámbito, los supuestos que darían lugar a una inconstitucionalidad formal y a una inconstitucionalidad material.

Dentro de las Constituciones de los Estados de América del Sud, la Constitución de Brasil de 1988 contiene, probablemente, la pieza sobre intangibilidad más elocuente, sincera y robusta. Así, en el artículo 60, regla que se ha mantenido inalterada desde 1988, por obra del poder constituyente originario brasileño, se dispone lo siguiente:

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
 § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se

principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites materiales absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (art. 139), como los principios que, por no estar expresamente mencionados entre aquellos no factibles de ser sometidos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se funda la Constitución italiana. Gustavo Zagrebelsky interpreta que la naturaleza irreformable del art. 139 de la Constitución de Italia significa igual prohibición de variación del principio democrático escrito en el art. 1: "Italia es una república democrática". Entiende que estos dos artículos condensan principios irrenunciables, razón por la cual, con independencia de la lectura del art. 139, el principio democrático es un principio supremo, de rango superior a las demás reglas constitucionales. Ambos constituyen el núcleo esencial e inmodificable de la Constitución. V. Zagrebelsky, Gustavo: *Manuale di Diritto Costituzionale, Il sistema delle fonti del Diritto*, Volume primo, ristampa, Torino, Utet, 2000, pp. 102-130.

aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de 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.

Ni la Constitución federal de la Argentina ni la Constitución colombiana de 1991 son portadoras, en el marco de referencia de sus lenguas prescriptivas, de un caudal normativo como el brasileño. Repito: esta circunstancia no habilita a predicar la inexistencia de límites materiales a los actos reformatorios; el problema que se presenta, ante la formulación expresa de sus normas, consiste en quiénes, cómo y con qué contenido han de dibujar la naturaleza implícita de tales límites, en caso de que existiesen...

Por lo pronto, la definición de límites materiales implícitos sobre un texto constitucional se revela como una tarea de ciudadanos y servidores públicos. Esperé hasta aquí para sostener que un escritor que no es ciudadano ni servidor público puede guiarse, simplemente, por intuiciones teóricas que se asomarían a un criterio dogmático. No más que eso.

No será una sorpresa para el lector, ahora, que la democracia y la república, respectivamente, con el sentido elaborado en este texto, puedan ser entendidas como límites materiales implícitos en la CPC 1991 y, por tanto, fuera del alcance del poder reformador constituyente. Sin embargo, cometería un pecado capital si acaso no involucrara, también, a los derechos y bienes fundamentales. La CPC 1991 ha adjudicado verdaderas líneas de acción para el ejercicio de la fuerza y las existencias comunitarias, en su solvente y sabroso desarrollo de los

derechos y bienes fundamentales. Éstos son verdaderos postes objetivados, que operan como límites y vínculos indisponibles para el poder reformador en la Ley fundamental colombiana, que ninguna mayoría podría desnaturalizar, si se pretende mantener la secuencia de validez jurídica de la CPC 1991.

La CPC 1991 estableció el control de constitucionalidad a cargo de la CCC contra los actos reformativos de la Ley fundamental, sólo por “vicios de procedimiento en su formación”, de oficio o a petición de parte, según el caso (cfr. art. 241, incs. 1 y 2).

En la línea jurisprudencial abierta hasta el 2003, la CCC entendió que el control de las reformas constitucionales que realiza el Congreso de la República únicamente comprende los aspectos formales, de conformidad con el artículo 241, numeral 2, de la CPC 1991: “sólo vicios de procedimiento en su formación”. Mantuvo este criterio en sentencias como la C-753, de 1994; la C-222 y la C-387, de 1997; la C-543, de 1998, y la C-487, de 2002. Por eso, en el período señalado, la Corte Constitucional colombiana mantuvo una interpretación literal y sistemática de la Constitución en cuanto a la reforma por medio de actos legislativos, según la cual su facultad de control constitucional únicamente comprendía la verificación del procedimiento seguido por el Congreso al aprobar la reforma.⁸⁰

La CCC modificó su criterio en 2003. En la sentencia C-551 de 2003 plantó la tesis de los vicios de competencia como vicios de procedimiento. Así inaugura, en la sede de la jurisdicción de la Ley fundamental de 1991, la “doctrina jurisdiccional de la sustitución constitucional”. La tesis de los vicios de competencia, en teoría, da lugar a dos tipos de juicios.

El primer juicio es a favor de su procedencia jurídico-constitucional. Así, la “competencia” queda involucrada dentro de la idea

⁸⁰ V. CAJAS SARRIA, Mario Alberto: “¿Límites a la democracia? El control judicial de las reformas constitucionales”, ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre “Temas de Derecho Constitucional contemporáneo”, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, 29/5/2006 al 2/6/2006, Xalapa, México.

de la formación del proceso reformador. No es un razonamiento complejo, porque cuando se dice “competencia”, en rigor, se alude a la comprensión de las materias habilitadas en el marco de referencia del “procedimiento”. No es un criterio fácil de zanjar. En verdad, la competencia del órgano que produce la norma queda envuelta en el procedimiento de formación; sin embargo, cuando se presentan estas cuestiones no son simples, porque, por lo general, la alusión de “vicio en la competencia” estaría apuntando a contenidos intangibles. En otras palabras, la competencia sería un “elemento” o “presupuesto”⁸¹ imprescindible del procedimiento reformador, pieza argumental que conduce a la conclusión de que un proceso reformador se hallaría viciado si el órgano que produjo el acto carece de habilitación jurídica, circunstancia que dispondría la justificación del conocimiento de revisión por la CCC.

Quizá uno de los criterios básicos, por cierto, luzca en el fundamento 39 de la sentencia C-551:

... aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional –lo cual equivaldría a ejercer un control

⁸¹ RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo A.: *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 487.

material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma.⁸²

Vale señalar que en la sentencia C-551 de 2003 la CCC no determina cuáles han de ser esos límites que, transgredidos o vulnerados, “convertirían a la reforma en una sustitución de la Constitución”⁸³; el órgano acude a referencias genéricas, nunca casuísticas o puntuales, de lo que configuraría una “sustitución” de la Ley fundamental.

Un año más tarde, la CCC, en el rubro 5 de sus “Consideraciones y fundamentos” de la sentencia C 970-2004, determinó lo siguiente: “Se presenta un vicio de extralimitación en la competencia del poder de reforma constitucional por sustitución de la Constitución, cuando mediante el procedimiento especialmente dificultado de reforma se reemplaza totalmente un elemento definitorio identificador de la Constitución”⁸⁴.

A su turno, en la sentencia C-1040 del 2005, se dijo que para determinar el alcance de la doctrina, el juez constitucional debía realizar, al menos dos tareas específicas: “Primero, es necesario establecer cuáles son los elementos esenciales que definen la identidad de la Constitución; y, segundo, cómo puede una reforma llegar a ser realmente una sustitución de la Constitución”⁸⁵.

⁸² V. Sentencia C-551 (9/7/2003), disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-551-03.htm>, consultado por última vez el 25/5/2018.

⁸³ CAJAS SARRÍA, Mario Alberto: *El control judicial a la reforma constitucional. Colombia 1910-2007*, Cali, Universidad ICESI, 2008, p. 107.

⁸⁴ Sentencia C-970 (7/10/2004), disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-970-04.htm>, consultado por última vez el 25/5/2018.

⁸⁵ Sentencia C-1040 (19/10/2005), disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>, consultado por última vez el 25/5/2018.

El segundo juicio es en contra de esta doctrina jurisdiccional de la sustitución. Porque la idea o la plantación del argumento sobre “los vicios de competencia” implica un razonamiento constituyente vedado por la CPC 1991. O que configura, en la práctica, una maniobra voluntarista prohibida por ser ajena a la potestad jurisdiccional. En ambos casos, se achaca a la CCC el hecho de que la designación de un control material de la reforma de naturaleza implícita en el texto de la CPC 1991 no fue instaurado por el poder constituyente. Así, pues, la CCC, en un verdadero modelo autorreferente, decidiría la tipicidad del vicio (encubierto bajo el solaz de la “competencia”) y se asignaría a sí misma la adjudicación del remedio, con su conocimiento y eventual declaración de inexequibilidad.

La doctrina de la sustitución de la Constitución ha sido confiadamente realizada desde 2003 hasta el presente por los jueces de la CCC. Más arriba se hace conocer el debut de la doctrina en el 2003 y dentro del marco de la CPC 1991. Además de las sentencias citadas más arriba, y de la que la citaré más abajo, también la doctrina fue planteada en diversas resoluciones jurisdiccionales de la CCC. “Planteada”, en este caso, significa que ha sido desarrollada por la CCC en la resolución jurisdiccional, con abstracción de su acogida con beneplácito o rechazo.

En un listado meramente ejemplificativo, menciono las siguientes sentencias: C-971, de 2004; C-986, de 2006; C-153, de 2007; C-427, de 2008; C-588, de 2009; C-574, de 2011; C-846, de 2012, C-010, de 2013, y recientemente la C-630, de 2017. La citación de la jurisprudencia, además del valor heurístico, quiere llamar la atención sobre una consistente continuidad en el desarrollo de la doctrina jurisdiccional.

La CCC, con diferentes integraciones, ha dado singulares pasos sobre esta cuestionable doctrina jurisdiccional. Obviamente, no es una doctrina “cerrada”⁸⁶ ni completa, porque la

⁸⁶ PARRA DUSSAN, Carlos: “Línea jurisprudencial sobre la sustitución constitucional”, en AA.VV.: *La sustitución de la Constitución: Un análisis teórico, jurisprudencia y comparado*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2015, pp. 141-171.

elaboran los jueces de la CCC en el “cielo” de los conceptos abiertos, cuya producción reside en su propia voluntad discrecional.

He dejado para el final una de las sentencias más relevantes que se han pronunciado en la historia de la jurisdicción de la América del Sud⁸⁷. La adjetivo como “relevante” con segura convicción, porque “equivocar la palabra es equivocar la cosa”⁸⁸. Sin adelantar mi juicio, se trata de una sentencia que no se adecua al estatuto teórico planteado en este escrito. ¡Pese a ello, resulta escogida! No hace falta decirlo: en el decisorio jurisdiccional se hace aplicación de la doctrina de la sustitución por inconstitucionalidad.

La CCC, por mayoría, pronunció la sentencia C-141/10⁸⁹ (en adelante, “la sentencia”), por cuyo intermedio se resolvió “Declarar inexecutable en su totalidad la Ley 1354 de 2009 ‘Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional’”.

“La sentencia” terminó para siempre con las intenciones de reelección del presidente que, por entonces, ejercía la

⁸⁷ La producción dogmática ha resultado muy extendida. V. CAJAS SARRIA, Mario Alberto: “Corte Constitucional dice no a segunda reelección presidencial en Colombia”, en *Namibia*, Compromiso: Órgano Informativo del Poder Judicial de la Federación, 2010, pp. 44-45. ACUÑA VILLARAGA, Fabián Alejandro: “¿Presidentes desatados?: Reelección institucional y cambio en la Región andina”, en *Análisis político*, n° 83, Bogotá, enero-abril de 2015, pp. 73-87; CHARRÍA SEGURA, Juan Manuel: *El referendo constitucional y la reelección presidencial*, Bogotá, Universidad del Bosque, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2013; RAMÍREZ PLAZAS, Jaime: *Seguridad democrática y reelección presidencial*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2012; VILA CASADO, Iván: “Al prohijar límites materiales implícitos al poder de reforma de la Constitución la Corte incrementa de manera injustificada y desproporcionada sus atribuciones”, en *Revista Elementos de Juicio*, Temas constitucionales, n° 13, 2010.

⁸⁸ SARTORI, Giovanni: *La carrera hacia ninguna parte. Diez lecciones sobre nuestra sociedad en peligro*, Buenos Aires, Taurus, 2016, p. 47.

⁸⁹ Suscrita por los magistrados Mauricio González Cuervo (con salvamento de voto); María Victoria Calle Correa (con aclaración de voto); Juan Carlos Henao Pérez; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Jorge Iván Palacio Palacio; Nilson Elías Pinilla Pinilla (con aclaración de voto); Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (con salvamento de voto); Humberto Antonio Sierra Porto (con aclaración de voto) y Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D. C., 26 de febrero 2010.

presidencia de la República⁹⁰, encomienda constitucional que fenecía el 7 de agosto de 2010. Concluyentemente, pues, tal sentencia produjo que la jurisdicción constituida dispusiese la partida de defunción de un presidencialismo eterno.

En “la sentencia” siete jueces dijeron “no” a la segunda reelección de un presidente en “ejercicio y liderazgo del proceso político”. Además, aplicaron la doctrina, cuyo texto y evolución aquí se amerita, e impidieron, con su decisión jurisdiccional, el ejercicio del “contenido más nuclear de la ciudadanía política”⁹¹: el sufragio.

Sin embargo, por esta vía, la jurisdicción quedó colocada como una fuente exclusiva de la normatividad del proceso político ciudadano en la comunidad. Pronunciarse en contra de “la sentencia” no significa estar a favor del presidencialismo ni estimular el absolutismo perpetuo. Tampoco significa maniatar a la jurisdicción constitucional en América del Sud.

La Constitución debe tener un protector: todos, ciudadanos y servidores públicos. No debería existir, en tal caso, una sociedad cerrada de realizadores de la Constitución. Una corporación no elegida en comicios abiertos por la ciudadanía y que, casi por la vía del absurdo o una omnipotencia unida a la omnisciencia, entiende que cuando un órgano (Congreso) carece de competencia para reformar la Ley fundamental, son ellos mismos (la CCC) los que tendrían competencia constitucional para formular un juicio sobre la habilitación jurídica del órgano congresual impugnado. Los jueces, con la doctrina de la sustitución, hacen ejercicio de una competencia de la que no disponen para afirmar que un órgano no disponía de competencias para realizar un acto constituyente. ¿La designación como magistrado de la CCC instituye al juez en el rol de sumo

⁹⁰ Álvaro Uribe Vélez asumió su primera presidencia el 7/8/2002. Reelecto, asumió su segunda encomienda presidencial por otros cuatro años el 7/8/2006.

⁹¹ ALÁEZ CORRAL, Benito: “Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la nación/pueblo”, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia constitucional*, nº 7, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2012, p. 88.

pontífice de “competencias” sobre todas las “competencias del Estado”?

La fuente de autoridad de todo el poder del Estado reside en la ciudadanía, razón por la cual la última palabra no debería descansar en un órgano jurisdiccional, máxime cuando se trata del alcance de determinados derechos fundamentales; en el caso alumbrado en “la sentencia”, sobre un referendo reformativo de la Ley fundamental, el eminente derecho político ciudadano de sufragar. El consenso básico de los ciudadanos debería incluir la palabra de la jurisdicción, pero en el marco de un diálogo colectivo y jamás de manera excluyente. Simplemente, quiero apuntar que la construcción de una razón democrática plural y estable se garantiza con diálogos comunitarios y no con la dedicación de monólogos jurisdiccionales. Diálogos ciudadanos que, desde luego, no deben ser una “encuesta”⁹² ni una mera consulta de opinión, porque la expectativa yace en una ciudadanía robusta, activa e informada. La última palabra, en caso de que las existencias humanas puedan edificarla, debería prosperar del conjunto de los ciudadanos, en el ámbito de un auditorio inclusivo, sustentable y deliberativo de la discusión pública. Al fin y al cabo, son sus existencias vitales⁹³.

§ V. Comentarios finales

Primero. Casi 230 años más tarde, las escrituras del Derecho constitucional en América del Sud persiguen la realización del elixir, quizá inalcanzable, redactado en el artículo 16 de la DDHC, 1789: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución”. Para asegurar la existencia de los seres humanos hay que acordar la paz; el único ámbito que favorece

⁹² GARGARELLA, Roberto: “Reivindicación de los plebiscitos”, *El País*, 10/2/2017, disponible en https://elpais.com/elpais/2017/02/09/opinion/1486644995_314713.html, consultado por última vez el 25/5/2018.

⁹³ CLARK, Brian: *Whose life is it anyway?*, Heinemann, Essex, 1993.

el desarrollo de una mutualidad beneficiosa de todos sujetos naturales, porque sólo así ellos podrán desarrollar y conservar sus vidas. La Constitución, fundamento del Estado, debe tener como fin mínimo la realización de la paz, porque ella se yergue en condición necesaria para cualquier objetivo: libertad, igualdad o fraternidad. Los seres humanos deben alcanzar consensos estables y robustos sobre la coexistencia comunitaria. De ello se derivará una necesaria asignación de la gobernanza, en la que unas personas deberán gobernar, cuyo significado implica que no incurran en comportamientos arbitrarios, corruptos, o respondan a estrategias colonialistas, y otras personas serán gobernadas, cuya implicación más directa debería impedir que se arrodiven, encojan o se callen y que se encuentren preparadas y dispuestas para llevar adelante los negocios comunitarios, si lo desean y pueden algún día.

Segundo. La distinción entre derechos del hombre y derechos de ciudadano resulta determinada por el Derecho constitucional positivo. En rigor, ambas entidades encierran una endiádis (derechos fundamentales). Esto es así porque el hombre, en tanto posible y seguro ciudadano, es el único sujeto que, en la congregación de individualidades con sus semejantes, puede crear el Estado y su fundamento noble: la Constitución.

Tercero. El poder constituyente para instaurar un orden jurídico soberano depende de una ciudadanía, esto es, el conjunto de los ciudadanos que integran el pueblo. El ente estatal y su fundamento –el bien colectivo “Constitución”– son constituidos por personas humanas, que más tarde, como ciudadanos, deben activarlos, desarrollarlos y transformarlos. El ciudadano, así, es una especie del género persona, 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 puede ser comprendida desde su titularidad o desde la estructura de los derechos y deberes que se disponen en su contenido.

Cuarto. La titularidad de la ciudadanía instituye entre los hombres que disfrutan de ella de una “igualdad fundamental

de pertenencia”⁹⁴ 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”⁹⁵ del Estado al que se encuentra sometido y en cuya construcción y sostén del orden jurídico ha de ser incluido.

Quinto. Desde la comprensión de su estructura, la ciudadanía queda ligada a la estructura de los derechos y deberes que puede desarrollar; de este modo, se 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 desarrollo de la comunidad en que existe. Las Constituciones, al universalizar el derecho al sufragio de todos los ciudadanos y generar modelos de democracia participativa directa, trazan un recorrido hacia la igualdad, que no amortigua la desigualdad social, pero al menos, al configurar las bases de una ciudadanía bastante igualitaria, significan 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 que existe en todos los países de América del Sud.

Sexto. Las personas humanas –en tanto ciudadanos, que son los artífices– y el Derecho constitucional –que resulta ser el artificio– se corresponden, siempre, en una relación única e inmodificable, en la que se afirma la tesis que atribuye el papel “constituyente”, creador, autoral, de los sujetos naturales que está en el origen de todo el Derecho constituyente del Estado. Una vez instaurada la Constitución del Estado, su protocolo determinará las etapas distinguidas del proceso de su reforma.

⁹⁴ MARSHALL, Thomas Humphrey: “Ciudadanía y clase social”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n° 79, Madrid, 1997, p. 301.

⁹⁵ ALÁEZ CORRAL, Benito: “Nacionalidad, ciudadanía y democracia...”, ob. cit., p. 96.

Así, el cambio de la Ley Mayor, con su obligatorio proceso, arraiga la certeza del propio orden jurídico y se convierte en fundamento del Estado.

El máximo poder jurídico de configuración de la realidad, se trate de la fundación constitucional o de su variación, reside en la ciudadanía, la que por regla actúa gracias a la mediación de sus representantes; aunque existen ocasiones en que tanto el acto constituyente originario como su reforma pueden ser discernidas directamente al cuerpo electoral.

Séptimo. La Constitución colombiana de 1991 define con claridad que los ciudadanos, sea en forma directa, sea por la vía de la representación política, son quienes deben ejercer la “dirección suprema” de la totalidad de la ordenación de las existencias en el Estado. Esos ciudadanos, por regla, en el juego enhebrado por la Ley fundamental, siempre tendrán ideas o concepciones diferentes sobre el pasado, el presente y el futuro⁹⁶, por aquello de que la realidad mundana existe objetiva e independientemente del designio y conocimiento de los humanos⁹⁷. Dentro de tal comprensión, el ciudadano, en la conjugación de sus derechos y deberes, queda instituido en su rol protagónico, desde que a cada uno de ellos se le debe asignar igual participación en la producción del escenario constitucional del Estado. Ciertamente, no hay ciudadanía si hay desinformación u orden cerrado. Tampoco podrá existir la ciudadanía si el hombre carece de la posibilidad de satisfacer las necesidades básicas de alimentación y conservación de él y su familia. Como se ha referido, el ciudadano es el átomo de

⁹⁶ Arthur Schopenhauer, en 1819, estimó que ningún ser humano vivió en el pasado y ningún hombre vivirá en el futuro, sino que “que únicamente el presente es la forma de toda vida, pero es también su posesión segura que nunca se le puede arrebatar”. Entendido el pasado como un momento en que el ser humano no existió y el futuro como un momento en el que no existirá, la afirmación tiene bases materialistas de certidumbre definitivamente irreprochables e indiscutidas. V. SCHOPENHAUER, Arthur: *El mundo como representación y voluntad*, t. I, Madrid, Trotta, 2016, p. 334.

⁹⁷ RUSSELL, Bertrand: “El realismo analítico”, en *Análisis filosófico*, Buenos Aires, Paidós, 1999, p. 66.

la comunidad política, cuya pequeñez es “extremada”, pero su condición es “indivisible”.

Octavo. Los hombres han dedicado y destinado largos años a aprender y disfrutar de las ventajas que puede proporcionar, en general, una ordenación jurídica determinada; calificada por la primacía de una norma que se erige como superior, con jerarquía intransigente, indubitable e indisputable por encima del resto de las normas que integran el sistema jurídico estatal y se califican como inferiores. La configuración de reglas sobre el Derecho constituyente del Estado ha contenido en su escritura –casi siempre– una regla suprema, es decir, la Constitución como norma que fundamenta la totalidad del orden jurídico, “... tanto por su forma de creación, cuanto por su contenido”⁹⁸.

Dentro del marco de la Ley fundamental, la mayoría de las decisiones de relevancia que hacen a la gobernanza –por no decir casi la totalidad– las adoptan los servidores públicos. No existe el mandato imperativo. Así, en la Constitución colombiana de 1991, por ejemplo, hay una norma, que aunque emplazada en el artículo 133, Título vi, “Rama Legislativa”, según mi leal saber y entender, debería adjudicarse a todos los servidores públicos:

Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura.

Frente a esta circunstancia, la extensión de la ciudadanía debería tornarse una actividad casi obligatoria, porque cada ciudadano tendrá responsabilidad “en las decisiones que lo afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural” del Estado, como se alumbra en el artículo 2 de la CPC 1991.

Noveno. Toda Constitución debería autorizar un solo lenguaje posible y acudir, así, a un modelo autorreferente. El propio

⁹⁸ V. BIDART CAMPOS, Germán J.: *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 92.

proceso de su cambio jurídico formaliza, sin temores, que la Constitución puede ser reformada, con el debido respeto de sus determinaciones precisas, que nunca pueden ser entendidas como frutos inmaduros o prescripciones inútiles.

La Constitución no es un tesoro intacto y secreto. Al encontrarse en el mundo, como objeto tecnológico o hechura propia del ser humano, se encuentra sometida a la posibilidad de su derrotero y de su propio cambio político. Tampoco sus letras deben ser consideradas sigilosas, porque, precisamente, la Constitución articula, muchas veces con alegoría superflua y otras con rigurosa sobriedad, la palabra pública, la lengua para la ordenación de la vida de los ciudadanos en la comunidad estatal.

Constitución y reforma son ideas inseparables, desde que la primera no puede concebirse con naturaleza sempiterna y la segunda es inseparable de la propia vocación de progreso de la especie humana. Una reforma constitucional es la que produce un cambio en el contenido del orden jurídico estatal, pero no produce la destrucción del preexistente, si mantiene la continuidad por la vía de su adaptación o desarrollo de nuevos esquemas jurídicos. Por eso, la función constituyente (creación o variación del Derecho constitucional) debe imputarse a los representantes de los ciudadanos.

El momento de la creación constitucional, es decir, el momento del alumbramiento de las pautas originarias que determinan la convivencia política de una sociedad requiere un debate cuya libertad, amplitud, profundidad, serenidad y consenso parecieran sólo garantizados por la emanación democrática de los ciudadanos del pueblo. En otras palabras, en estos “momentos constituyentes” lo que pareciera que verdaderamente se debería afirmar es la democracia como modelo de orientación política del Estado, bajo la forma de gobierno de una república, que asegura las existencias de todos los individuos.

La Constitución de Colombia de 1991 dispone de tres procesos singulares para reformarse: a instancias del Congreso, promovido por los ciudadanos por la vía del referendo, o mediante una

Asamblea Constituyente. Sin ingenuidad, repito, que la vía del referendo constituye un mecanismo extremadamente interesante para el Derecho constitucional en América del Sud.

Décimo. En dos de los modelos, referendo y Asamblea Constituyente, la Corte Constitucional de Colombia, a la sazón órgano constituido, intervendrá en el curso mismo del proceso reformador de la Ley fundamental. Su actuación, en tales situaciones, se contempla para distinguir, previamente, “vicios de procedimiento en su formación” (art. 241, inc. 2). Además, en el artículo 379 se prescribe lo siguiente:

Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación...

La posible o segura presencia de la Corte Constitucional de Colombia en el proceso reformador significa un modelo en América del Sud. Dentro de la cultura jurídico constitucional colombiana será imposible que una reforma de la suma regla no fuese, finalmente, susceptible de ser enjuiciada en la jurisdicción constitucional. El enjuiciamiento jurisdiccional de la reforma constitucional, aunque no es una curiosidad en el Derecho comparado, tampoco se presenta cotidianamente. Todo juicio de esta naturaleza encierra dos cuestiones: una, que se trata del máximo vicio que se podría representar dentro de un orden jurídico; dos, la problemática delicadísima de cuál ha de ser el órgano del Estado encargado de remediar la patología.

Para responder quedamos sometidos, en el caso colombiano, a la irredimible obligatoriedad de su orden constitucional. Sin embargo, en la lengua de este escrito, planteo un duelo permanente con dicha definición constitucional. Si el lenguaje constitucional debe ser constituido de abajo hacia arriba por cada uno de los ciudadanos, la intervención jurisdiccional mencionada nos aleja de ese modelo constituyente. Más que un diálogo, pareciera instituir una supremacía monologada de la

jurisdicción. Tampoco me anima, desde luego, la divinización de la ciudadanía. Lo que me preocupa es que un poder constituido, no elegido directamente por los ciudadanos, adopte decisiones sobre la constitucionalidad de las existencias ciudadanas en la comunidad, cuyo modo de agregación de las preferencias –la suma de las razones de los jueces– no sólo no es un criterio científicamente objetivado, sino que es similar al político de los congresistas o al propio sufragio de los ciudadanos.

Este escrito llega a su fin. Decir que hay una cultura colombiana que emana de su Ley fundamental originaria de 1991, con sus letras esenciales referidas a su “pueblo”, a la propia “norma” y a sus procesos de “cambio”, constituye una afirmación que posee rasgos propios y que son suficientes para definirla y demarcarla en su globalidad. La descripción y la justificación que se hacen en este texto han procurado, en todo cuanto ha sido posible de buena fe, presentar a la República de Colombia “fundada” por su Ley mayor de 1991.

Me complacerá pensar, por lo pronto, que el lector encontrará debidamente justificada la tesis primitiva anunciada en la sección I, en cuanto concierne a la estrategia montada en la sección II. Esta tarea ha quedado ceñida, con exclusividad, al análisis dogmático sobre las letras constitucionales de 1991. Una tarea cumplida por un hombre que no es colombiano⁹⁹, porque ha nacido en otra “provincia” de América del Sud.

El hombre requiere de un lenguaje para ejercer cierto dominio sobre la realidad; porque la composición, armonía y gramática de las palabras puede comportarse como un agente para la creación, el mantenimiento o el cambio de las existencias humanas. Hablar de una lengua del Derecho constitucional tiene sentido, dado que para lograr que rijan o que tengan eficacia los enunciados de la lengua constituyente del Estado, los hombres deben comprenderse en la escena del

⁹⁹ ¿La existencia de los humanos, en una comunidad, cambiará el día en que fuese posible elegir el territorio en el que desearían nacer y, al mismo tiempo, quiénes serían sus padres biológicos?

dominio lingüístico y están obligados a producir una asociación recurrente, intensa y prolongada sobre las determinaciones prescriptivas de la conducta humana. Las escrituras constitucionales –con sus variaciones– siempre han de incluir la lengua de los seres humanos que han muerto, junto a la lengua de los seres vivos, quienes deben actuar con serena responsabilidad respecto de aquéllos, de ellos mismos y de las personas por nacer. En tales condiciones, pareciera que la Constitución fuese un objeto milagroso de las existencias, aunque –reitero– no lo es ni debe serlo. Por todo ello, la lengua del Derecho constitucional aquí descrita guarda la esperanza de que otros hombres de nuestras tierras prosigan, con otros textos, el desarrollo de su deliberación y escritura infinita.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Agradezco a los juristas de Colombia, con quienes he tenido el placer dialogar sobre una o varias de las argumentaciones dogmáticas desarrolladas en el escrito. Ellos son: Alfonso Clavijo González, Carolina Valencia Mosquera, César Domínguez, Manuel Salvador Grosso, John M. Ferrer Murillo, Vanessa Pérez Rosales, Andrés Pérez Velasco, Giovanni Alvarez Cruz, Luis Manuel Lasso Lozano, Jaime Becerra, Juan H. Arévalo Tovar, Gloria L. Arango Pajón, José V. Andrade, Jesús Fuentes, Claudia V. Valderrama Bejarano, Camilo J. David Hoyos, Carlos A. Ramírez, Leonardo Sabogal, Edgar Fuentes Contreras y Ana Carolina Molina. También he conversado, razón por la cual agradezco, con los juristas E. Raúl Zaffaroni, Julio B. J. Maier, Ricardo Rabinovich-Berkman, Luciano Vernetti, Pablo O. Cabral, Guillermo Moreno, Diego A. Dolabjian, Enrique Morales, Leandro E. Ferreyra y Natasha Suñe (Argentina); Paulo Bonavides; Rodrigo Visotto Junkes, Vera Lazar C. y Adriana do Carmo Figueiredo (Brasil); Gonzalo Hidalgo N. (Bolivia); Alfonso Celotto (Italia); Benito Alaez Corral (España); Pablo Gres y Alvaro Fuentealba (Chile), Ernesto Velázquez y Gabriel Rivera (Ecuador) y Diego Valadés (México).

La Asamblea del año XIII. Artigas y el surgimiento del federalismo en el Río de La Plata

The Assembly of the year XIII. Artigas and the emergence of federalism in the Río de La Plata

A Assembléia do ano XIII. Artigas e o surgimento do federalismo no Rio de La Plata

L'assemblée de l'an XIII. Artigas et l'émergence du fédéralisme dans le Rio de La Plata

*Guillermo Raúl Moreno*¹ | Universidad Nacional
de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 121-147

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e216>

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

Recibido: 10/08/2018

Aprobado: 01/11/2018

Resumen: En el presente trabajo se analiza la labor y las circunstancias históricas que rodearon al primer Congreso argentino: La Asamblea Constituyente del Año XIII. Sus objetivos fueron la declaración de independencia y el dictado de una Constitución. Por dificultades internas, falta de una genuina representación popular, sumado a los acontecimientos que se dieron al mismo tiempo en Europa, como la abdicación de Napoleón y la vuelta al trono de España de Fernando VII, la Asamblea no logró ninguno de sus dos objetivos. No obstante ello, la Asamblea General Constituyente de 1813 tomó decisiones soberanas que claramente allanaron el camino a la independencia nacional. En cuanto a su labor constituyente, si bien no sancionó una Carta Magna,

¹ Guillermo Raúl Moreno, Abogado, Prof. Adjunto de Historia Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Contacto: guillermoraúlmoreno@yahoo.com.ar

si fueron presentados proyectos constitucionales con un innegable valor como antecedentes en la materia. Asimismo, nos detenemos en el análisis de la figura y el pensamiento de José Gervasio Artigas, precursor indiscutido del federalismo en el Río de la Plata.

Palabras Claves: Historia Constitucional; Asamblea Constituyente del Año XIII; Federalismo; Artigas.

Abstract: This paper analyzes the work and the historical circumstances surrounding the first Argentine Congress: The Constituent Assembly of the XIII Year. Its objectives were the declaration of independence and the dictation of a Constitution. Due to internal difficulties, lack of genuine popular representation, added to events that occurred at the same time in Europe, such as the abdication of Napoleon and the return to the throne of Spain of Ferdinand VII, the Assembly did not achieve either of its two objectives. Nevertheless, the Constituent General Assembly of 1813 made sovereign decisions that clearly paved the way for national independence. As for its constituent work, although it did not sanction a Magna Carta, constitutional projects were presented with an undeniable value as antecedents in the matter. Likewise, we stop at the analysis of the figure and thought of José Gervasio Artigas, undisputed precursor of federalism in the Río de la Plata.

Keywords: Constitutional History; 13th Year Constituent Assembly; Federalism; Artigas.

Resumo: No presente trabalho analisamos a obra e as circunstâncias históricas ao redor do primeiro Congresso argentino: a Assembléia Constituinte do Ano XIII. Seus objetivos eram a declaração de independência e o ditado de uma Constituição. Por dificuldades internas, a falta de uma representação popular genuína, juntamente com os sucessos que ocorreram simultaneamente na Europa, como a abdicação de Napoleão e o retorno ao trono de Espanha de Fernando VII, a Assembleia não conseguiu nenhum de seus dois objetivos. Não obstante, a Assembléia Geral Constituinte de 1813 tomou decisões soberanas que claramente abriram o caminho para a independência nacional. Em relação ao seu trabalho constituinte, embora não sancionasse uma Carta Magna, sim foram apresentados projetos constitucionais com um valor inegável como antecedentes na matéria. Da mesma forma, vamos nos concentrar na análise da figura e o pensamento de José Gervasio Artigas, precursor incontestado do federalismo no Rio da Prata.

Palavras Chaves: História Constitucional; Assembléia Constituinte do Ano XIII; Federalismo; Artigas.

Résumé: Dans cet article, nous analysons le travail et les circonstances historiques qui ont entouré le premier Congrès argentin: l'Assemblée constituante de l'an XIII. Ses objectifs étaient la déclaration d'indépendance et la publication d'une constitution. En raison de difficultés internes, de l'absence d'une représentation populaire authentique, ajoutée aux événements survenus au même moment en Europe, tels que l'abdication de Napoléon et le retour sur le trône d'Espagne de Ferdinand VII, l'Assemblée n'a atteint aucun de ses deux objectifs. Néanmoins, l'Assemblée générale constituante de 1813 prit des décisions souveraines qui ouvraient clairement la voie à l'indépendance nationale. En ce qui concerne son travail constitutif, bien qu'elle n'ait pas sanctionné une Magna Carta, les projets constitutionnels étaient présentés avec une valeur indéniable comme toile de fond. De même, la figure et la pensée de José Gervasio Artigas, précurseur incontesté du fédéralisme dans le Río de la Plata, sont particulièrement analysées.

Mot-clés: Histoire constitutionnelle - Assemblée constituante de l'an XIII - Fédéralisme – Artigas.

I. Introducción

La formación institucional de la Argentina se nos presenta como el resultado de un complejo y arduo proceso político de marchas y contramarchas durante sus primeros cincuenta años de vida independiente.

Como nos enseña Demicheli, luego de la revolución de mayo de 1810 surgirán en el Río de La Plata dos métodos antagónicos encaminados a la organización del incipiente Estado, métodos que por sus propias características diferenciales los denomina: unilateral (o estatutario) y contractual (o sinalagmático). Así, el primero de ellos se hace efectivo mediante reglamentos orgánicos obligatorios, en tanto que el otro por medio de pactos políticos previos.²

² DEMICHELLI, Alberto, *Formación Constitucional Rioplatense, Tomo III, Los Pactos en el Proceso de Organización*, Depalma, Montevideo, 1955, pag. 7.

Desde el movimiento libertario de 1810, Buenos Aires, antigua capital del virreinato, está llamada a tener un rol protagónico en el surgimiento de la nueva nación y pretenderá desde un principio imponer su autoridad mediante el dictado unilateral de diversos reglamentos y estatutos iniciales con alcance imperativos para todos. En franca oposición se levantará la figura de José Gervasio Artigas, “protector de los pueblos libres”, quien propuso el método del pacto como forma de organización y unión nacional.

En la matriz misma de nuestro federalismo, los pactos fueron marcando el camino a través del tiempo hacia la tan ansiada unidad nacional, reconociendo la diversidad y el respeto por las autonomías provinciales. Tal es así que los constituyentes reunidos en el Congreso de Santa Fe en 1853 plasmaron en el preámbulo de nuestra Carta Magna que concurrían al mismo “...en cumplimiento de pactos preexistentes”.

El término *pacto* proviene del latín *pactum* y significa “concierto o tratado entre dos o más partes que se comprometen a cumplir lo estipulado”. De allí que el tratado o acuerdo político nos da la idea de entendimiento, negociación, libre aceptación de lo estatuido, en fin, de voluntad de arribar a coincidencias para el logro de fines comunes.³

Los sucesos de mayo de 1810 enfrentaron a los porteños con los pueblos del interior que, si bien aceptaron el fin del pacto colonial con España, descartaron de plano la nueva dependencia que les imponía Buenos Aires.

Frente a la revolución de mayo y el surgimiento de un nuevo gobierno patrio, la Banda Oriental reaccionó dividida. Mientras que Montevideo se inclinó por la defensa del Consejo de Regencia manteniendo los vínculos con la madre patria, la población del interior con Artigas a la cabeza se sumó a la causa revolucionaria.⁴

³ MORENO, Guillermo Raúl, *En cumplimiento de pactos preexistentes. Organización institucional argentina (1820-1853)*. Editorial de la Universidad de La Plata (EDULP), La Plata, 2008, pag. 17.

⁴ Como sostiene Arteaga, “La población del interior, en cambio, se fue adhiriendo al juntismo en un movimiento que su jefe llamó “la admirable alarma”, inicio de la revolución oriental

Será el caudillo oriental quien se pondrá al frente de la corriente federal en el Río de La Plata y, enarbolando la bandera de las autonomías provinciales, se opondrá al centralismo porteño en los años que siguieron a la gesta emancipadora.

II. La Logia Lautaro. Revolución del 8 de octubre de 1812. El Segundo Triunvirato

A principios del año 1812 llegaba a Buenos Aires el teniente coronel de Caballería Don José de San Martín, quien luego de varios años al servicio de la corona española, solicitó su retiro para regresar a la tierra donde había nacido. Junto con él llegaron al Río de La Plata otros militares de marcada trayectoria en el ejército de la madre patria (Alvear, Zapiola, Chilavert, entre otros).

Al poco tiempo de llegar, San Martín, a quien se le reconoció su grado militar, se le encomendó la formación de un escuadrón de caballería de línea. Entre tanto que formaba e instruía personalmente a sus granaderos a caballo, San Martín junto a sus compañeros de viaje crearon la “Logia Lautaro”, una entidad secreta que tuvo como propósito ejercer influencia en los medios militares y políticos de la Buenos Aires de entonces.

Poco se sabe de la Logia Lautaro, ya que su funcionamiento fue secreto y quedó oculto por voluntad de quienes la integraron. Se supone que fue establecida en Buenos Aires entre mayo y junio de 1812, funcionando en domicilios privados y que existían en la organización cinco grados en sus componentes. En los primeros se los iniciaba en los principios de fraternidad y mutua cooperación, pero en las jerarquías superiores se los advertía de los verdaderos objetivos de la logia: independencia y constitución.⁵

El 8 de octubre de 1812 se desató una revolución promovida por la *logia Lautaro* y la *Sociedad Patriótica*.⁶ La misma tendrá

en 1811. ARTEAGA, Juan José, *Breve Historia Contemporánea del Uruguay*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As. 2008, pag. 44.

⁵ ROSA, José María, *Historia Argentina*, Juan J. Granda Editores, Bs. As, 1967, T II, pag. 364.

⁶ La Sociedad Patriótica, con Monteagudo a la cabeza, se constituyó como la cara pública y visible de la Logia Lautaro cuya actuación siempre estuvo oculta.

por objetivo enderezar el rumbo de los acontecimientos: se disolvió el primer triunvirato y se procedió a formar un gobierno de transición, conocido luego como el “segundo triunvirato”. Los electos fueron Juan José Paso, Nicolás Rodríguez Peña y Antonio Alvarez Jonte, a quienes se les encomendó como primera medida convocar a una asamblea soberana que finalmente organizara el país.

La Asamblea General Constituyente del año XIII claramente tendría dos objetivos: Declaración de independencia y dictado de una constitución. Así se desprende del propio decreto suscripto por el gobierno por medio del cual se convocó a elecciones de diputados a la Asamblea General.⁷

III. Convocatoria a la Asamblea. Obra legislativa. Soberanía. Derechos individuales

El decreto de convocatoria fue dado a conocer el 24 de octubre de 1812, expresándose el modo y la forma de la elección de los diputados que debían integrar la asamblea. La elección sería indirecta. Los gobernadores o tenientes pasarían orden a los alcaldes de barrio para que, citando a todos los vecinos libres y patriotas, se designe un elector a pluralidad de sufragios. Los electores designados debían concurrir al ayuntamiento del lugar para proceder a elección del diputado. Las votaciones serían públicas y a viva voz.⁸

El decreto también dejaba expresado la cantidad de diputados que debían concurrir a la Asamblea: cuatro por la capital; las demás capitales de provincias designarían dos y uno cada ciudad de su dependencia. En cuanto a los poderes que debían llevar los diputados, serían otorgados sin limitaciones.

⁷ “La Constitución que se sancione alentará la timidez de unos, contendrá la ambición de otros, acabará con la vanidad inoportuna, atajará pretensiones atrevidas, destruirá pasiones insensatas y dará fin a los pueblos la carta de sus derechos y al gobierno de sus obligaciones”. Ver en GALLETI, Alfredo, *Historia Constitucional Argentina*. Librería Editora Platense, La Plata, 1987, Tomo I, pag. 269.

⁸ Ver GALLETI, Alfredo, Ob. Cit. Pag. 270.

La Asamblea quedó formalmente inaugurada el 31 de enero de 1813 en la ciudad de Buenos Aires. Ese mismo día, según lo dispuesto por el bando del Poder Ejecutivo Provisorio, se resolvió que en la Asamblea “residía la representación y soberanía de las Provincias Unidas del Río de La Plata”. Esto significaba otorgarle el carácter de soberana, es decir, que la misma no reconocería autoridad superior alguna. Esta decisión, sumada a la fórmula de juramento de los diputados, donde se excluía toda mención a Fernando VII, nos señala la firme vocación de los hombres de entonces de romper los vínculos con la monarquía española. Ese mismo día fueron designadas las autoridades de la Asamblea: Carlos Alvear (presidente), Hipólito Vieytes y Valentín Gómez (secretarios).

La Asamblea del año XIII detentó el doble carácter de constituyente y legislativa. No logró ninguno de los objetivos que se propuso (Independencia y Constitución). Sin embargo, a la hora de analizar su labor como un antecedente en nuestra organización institucional, destacamos algunas decisiones tomadas que allanaron el camino hacia la independencia. Resulta innegable que sus actos fueron claramente legítimas expresiones de soberanía. Asimismo, como veremos seguidamente, los proyectos constitucionales presentados en la asamblea son valiosos aportes en el largo derrotero de nuestro país en su anhelo de contar con su primera Carta constitucional.

Si se toman en cuenta algunos decretos y resoluciones dictados por la Asamblea del año XIII desde el punto de vista de los derechos individuales, se llega a la conclusión que sus integrantes respondieron al pensamiento liberal surgido de las grandes revoluciones de finales del Siglo XVIII. Eran tiempos de consagrar derechos y garantías pertenecientes al ser humano por su condición de tal, que nace libre e igual a los demás, con derechos intransferibles que hacen a su propia esencia.

La Asamblea adoptó, entre otras, las siguientes medidas: estableció un sello oficial que tenía el diseño del actual escudo nacional; decretó tener como única marcha nacional la pieza musical compuesta por el diputado López y Planes la que se

debería entonar en todos los actos públicos; mandó acuñar una moneda con la leyenda “Provincias Unidas del Río de La Plata, en unión y libertad”; declaró el 25 de mayo como día de fiesta cívica; abolió el mayorazgo, los títulos de nobleza, el uso de tormentos; declaró extinguido el tributo, la mita, la encomienda, el yanaconazgo y toda forma de servicio personal de los indios.

A su vez la Asamblea del año XIII es recordada por haber sancionado la ley de vientres, mediante la cual se declararon libres a todos los nacidos y que nacieran desde el 31 de enero de 1813, día de la instalación de la Asamblea. Dos días más tarde decretó que todos los esclavos de países extranjeros que del cualquier modo se introduzcan en territorio de las Provincias Unidas, pasarían a ser libres por el solo hecho de pisar su territorio. Sin embargo esta última iniciativa tuvo que ser dejada sin efecto tiempo después a partir de las presiones de Brasil que consideró como un acto hostil el propiciar la deserción de los negros de su territorio.⁹

Debemos destacar que la libertad de vientres no significó la abolición de la esclavitud. Recién en 1853, al sancionarse la Constitución Nacional se dispuso que “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución”¹⁰

IV. El federalismo. El pensamiento político de Artigas. Instrucciones Orientales

José Gervasio Artigas nació en Montevideo en 1764. Era descendiente de una de las familias tradicionales fundadoras de esa ciudad¹¹. Desde muy joven dejó la ciudad para ir al campo,

⁹ Ver CALA, Laura Alejandra, *Asamblea del Año XIII: Comentarios de una breve compilación -Homenaje a sus 200 años*. Publicado en Revista ANALES N° 43 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.n.l.p. 2013. Pag. 19.

¹⁰ Art. 15 de la Constitución Nacional

¹¹ Según nos cuenta Felix Luna, su abuelo había venido con el fundador de Montevideo a estas tierras. LUNA, Félix, *Los Caudillos*, Planeta, Bs. As. 1988, pag. 33.

allí trabajará en estancias propias y ajenas. Al mismo tiempo ingresará al cuerpo de blandengues, una especie de policía rural para defender la campaña.

Cuando en mayo de 1810 se produce la destitución del Virrey Cisneros y la instalación de la primera junta en Buenos Aires, Artigas no dudó en ponerse del lado de los revolucionarios ofreciendo sus servicios al nuevo gobierno.

En poco tiempo Artigas pasará a ser el caudillo de mayor prestigio en la Banda Oriental y en las provincias litorales. Con su liderazgo y carisma personal infundirá un aliento popular a la revolución. Fue el primero en alzar su voz exigiendo que se declare formalmente la independencia de las provincias y se rompan definitivamente los vínculos con la corona de España.

Como ya lo hemos señalado, frente al centralismo porteño se opondrá la figura y el pensamiento de Artigas, inspirado en las enseñanzas de Montesquieu y el constitucionalismo de la revolución norteamericana. Propondrá que a través de una *convención* o pacto entre diversas entidades territoriales acuerden entre todas formar un nuevo Estado, manteniendo cada una su propia identidad.

Será el caudillo oriental el primero en reclamar en el Río de La Plata la existencia de gobiernos provinciales autónomos, que uniéndose entre sí mediante pactos recíprocos, logren entre todas las provincias del antiguo virreinato la formación de una verdadera unión federal.

Este pensamiento se verá reflejado claramente en las célebres “instrucciones orientales”. Las instrucciones fueron una serie de directivas que llevaron los diputados de la Banda Oriental a la Asamblea general constituyente reunida en Buenos Aires.

El 5 de abril de 1813, Artigas convocó a las ciudades y villas de la Banda Oriental a un Congreso en Montevideo (luego conocido como el “Congreso Oriental de Peñarol” o “Congreso de Tres Cruces”). Fue allí donde el caudillo oriental pronunció una de sus frases más conocidas y que demuestran el verdadero sentido que para él tenían la soberanía popular y la representación

política: “*Mi voluntad emana de vosotros, y ella cesa por vuestra presencia soberana*” sostuvo Artigas ante los asistentes al inaugurar formalmente el congreso.

Allí comunicará a los diputados intervinientes que la anunciada asamblea ya había comenzado a sesionar en Buenos Aires y que su reconocimiento había sido ordenado. El objetivo del congreso estuvo en decidir si se reconocía la asamblea, y de ser así, designar los diputados que representarían a la Banda Oriental en la misma. “*La Asamblea tantas veces anunciada empezó ya sus sesiones en Buenos Aires...su reconocimiento nos ha sido ordenado. Resolver sobre este particular ha dado motivo a esta congregación...examinad si debéis reconocer la Asamblea por obediencia o por pacto*”.¹²

Una vez resuelto el reconocimiento de la Asamblea, se procedió a elegir los diputados que serían enviados a Buenos Aires en representación de la provincia oriental.¹³

V. Las instrucciones de Artigas (13 de abril de 1813)¹⁴

Los diputados de las provincias concurren a la Asamblea Constituyente del año XIII munidos de “instrucciones” que concretaban las aspiraciones de sus representados. Ya el decreto de convocatoria surgido del segundo triunvirato (24/X/1812) facultaba expresamente a los pueblos a conferir instrucciones a sus diputados. Esto era una práctica habitual de la época. Los diputados en principio debían ajustarse a las directivas o instrucciones en el desempeño de sus funciones de acuerdo a la voluntad de quienes estaban representando.

¹² ROSA, José María, ob. cit. T III, pag. 59.

¹³ En total fueron elegidos seis diputados: Dámaso Larrañaga y Mateo Vidal por Montevideo; Dámaso Fonseca por Maldonado; Felipe Cardozo por Canelones; Martín Salcedo por San José y Francisco Bruno de Rivarola por Soriano. ROSA, José María, ob. cit. Pag. 60.

¹⁴ Sostiene la Prof. ARAMBURÚ que en realidad se conocen tres instrucciones emanadas del pueblo oriental: las del 5 y 6 de abril; las de Artigas del 13 de abril y las de Soriano. Ver ARAMBURÚ, Julia Edith, *Artigas y las instrucciones orientales del 13 de abril de 1813*, ANALES N° 41 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.n.l.p. 2011, pag. 358.

En las instrucciones orientales se resume el pensamiento político de Artigas. Sus ideas básicas serán: independencia, república y federación.

Para su elaboración, el caudillo oriental tomó diversas fuentes vinculadas con el proceso de revolución norteamericana (Artículos de Confederación de 1781; Constitución de Filadelfia de 1787; las enmiendas constitucionales norteamericanas dictadas hasta 1811; Constituciones territoriales de los Estados norteamericanos)¹⁵. El autor no copió literalmente estos textos, sino que, mediante una inteligente selección de disposiciones, sumado a conclusiones propias surgidas del conocimiento de su realidad y su tiempo, le permitieron la elaboración de las célebres instrucciones.¹⁶

Instrucciones que se dieron a los representantes del pueblo oriental, para el desempeño de su cargo en la Asamblea Constituyente fijada en la ciudad de Buenos Aires. Delante de Montevideo, 13 de abril de 1813.¹⁷

Primeramente pedirá la *declaración de la independencia absoluta de estas colonias*, que ellas están absueltas de toda obligación de fidelidad a la corona de España y familia de los Borbones y que toda conexión política

¹⁵ Nos cuenta Demicheli que a fines de 1811 Artigas recibe la versión en castellano de diferentes constituciones norteamericanas, publicadas poco antes en Filadelfia por el venezolano Manuel García Sena. Al final del libro, el traductor inserta: la declaración de independencia del 4 de junio de 1776; los Artículos de Confederación y perpetua unión; la Constitución de los Estados Unidos de 1787; las primeras doce enmiendas a la Constitución norteamericana; la Constitución de Massachusetts, la Constitución de Connecticut; la Constitución de New-Jersey; la Constitución de Pennsylvania y la Constitución de Virginia. DEMICHELI, Alberto, *Formación Nacional Argentina, Derecho Público Preexistente, Pactos Interprovinciales y su constitucionalización*. Depalma, Bs. As. 1971, Tomo I pag. 77.

¹⁶ De acuerdo a lo informado en la página web oficial de la Presidencia de la República Oriental del Uruguay existen al día de hoy por lo menos cinco manuscritos originales de las "instrucciones del año XIII", de los cuales uno de ellos es una copia autenticada por el propio Artigas y se encuentra en el Museo histórico Nacional de dicho país.

¹⁷ Texto según documento original que obra en el Archivo General de la Nación de Montevideo. Fondo del ex Archivo y Museo de Hist. Nac., Caja 196; carpeta IV, año 1813. Citado por DEMICHELI, Alberto, Ob. Cit. Pag. 411.

entre ellas y el Estado de la España, es y debe ser totalmente disuelta.

Art. 2 - No admitirá otro sistema que el de *Confederación* para el pacto recíproco con las provincias que formen nuestro Estado.

Art. 3 - Promoverá la *libertad civil y religiosa* en toda su extensión imaginable.

Art. 4 - Como el objeto y fin del Gobierno debe ser conservar la *igualdad, libertad y seguridad* de los ciudadanos y de los Pueblos, cada Provincia formará su gobierno bajo esas bases, a más del Gobierno Supremo de la Nación.”

Art. 5 - Así este como aquel se dividirán en *poder legislativo, ejecutivo y judicial.*”

Art. 6 - Estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí y *serán independientes* en sus facultades.”

Art. 7 - El Gobierno Supremo entenderá solamente en los negocios generales del Estado. El resto es peculiar al gobierno de cada Provincia.

Art. 8 - El territorio que ocupan estos Pueblos de la costa oriental del Uruguay hasta la fortaleza de Santa Teresa, forma una sola Provincia, dominante: La Provincia Oriental.

Art. 9 - Que los siete pueblos de Misiones, los de Batovi, San Rafael y Tacuarembó, que hoy ocupan injustamente los portugueses y a su tiempo deben reclamarse, serán en todo tiempo territorio de esta Provincia.

Art. 10 - Que esta Provincia por la presente entra separadamente en una firme liga de amistad con cada una de las otras, para su defensa común, seguridad de su libertad y para su mutua y general felicidad, obligándose a asistir a cada una de las otras contra toda violencia o ataques hechos sobre ellas, o sobre algunas de ellas, por motivo de religión, soberanía, tráfico o algún otro pretexto cualquiera que sea.

Art. 11 - Que esta Provincia retiene su soberanía, libertad e independencia, todo poder, jurisdicción y derecho que no es delegado expresamente por la Confederación a las Provincias Unidas juntas en Congreso.

Art. 12 - Que el puerto de Maldonado sea libre para todos los buques que concurran a la introducción de efectos y exportación de frutos, poniéndose la correspondiente aduana en aquel pueblo; pidiendo al efecto se oficie al comandante de las fuerzas de S.M.B. sobre la apertura de aquel puerto para que proteja la navegación o comercio de su nación.

Art. 13 - Que el puerto de la Colonia sea igualmente habilitado en los términos prescriptos en el artículo anterior.

Art. 14 - Que ninguna tasa o derecho se imponga sobre artículos exportados de una provincia a otra; ni que ninguna preferencia se dé por cualquiera regulación de comercio o renta, a los puertos de una provincia sobre los de otra; ni los barcos destinados de esta provincia a otra serán obligados a entrar, a anclar o pagar derecho en otra.

Art. 15 - No permita se haga ley para esta Provincia sobre bienes de extranjeros que mueren intestados, sobre multas y confiscaciones que se aplicaban antes al Rey y sobre territorios de éste, mientras ella no forma su reglamento y determine a qué fondos deben aplicarse, como única al derecho de hacerlo en lo económico de su jurisdicción.

Art. 16 - Que esta Provincia tendrá su constitución territorial; y que ella tiene el derecho de sancionar la general de las Provincias Unidas que forme la Asamblea Constituyente.

Art. 17 - Que esta Provincia tiene derecho para levantar los regimientos que necesite, nombrar los oficiales de compañía, reglar la milicia de ella para la seguridad de su libertad, por lo que no podrá violarse el derecho de los pueblos para guardar y tener armas.

Art. 18 - El despotismo militar será precisamente aniquilado con trabas constitucionales que aseguren inviolable la soberanía de los Pueblo

Art. 19 - Que precisa e indispensable sea fuera de Buenos Aires donde resida el sitio del Gobierno de las Provincias Unidas.

Art. 20 - La constitución garantizará a las Provincias Unidas una forma de gobierno republicana y que asegure a cada una de ellas de las violencias domésticas, usurpación de sus derechos, libertad y seguridad de su soberanía, que con la fuerza armada intente alguna de ellas sofocar los principios proclamados. Y así mismo prestaría. toda su atención, honor, fidelidad y religiosidad, a todo cuanto crea, o juzgue, necesario para preservar a esta Provincia las ventajas de la libertad, y mantener un gobierno libre, de piedad, justicia, moderación e industria. Para todo lo cual, etc.

Delante de Montevideo, 13 de abril de 1813.

A manera de síntesis, las instrucciones contenían los siguientes lineamientos generales: declaración de independencia absoluta de España; instauración de un sistema de confederación; libertad civil y religiosa; igualdad, libertad y seguridad; separación e independencia de poderes (tanto en los gobierno de las provincias como en de la Nación); las provincias ejercerían todo el poder no delegado a la Nación; consagración de libertades económicas; fijación de límites al territorio de la Banda Oriental; Apertura de dos puertos orientales (Colonia y Maldonado); instauración de una liga de amistad, ofensiva y defensiva entre todas las provincias; cada provincia dictaría su propia constitución y participaría junto con las demás de sancionar una constitución nacional; el autoritarismo militar se debía aniquilar con trabas constitucionales; la capital no podía residir en Buenos Aires; forma republicana de gobierno.

La Asamblea rechazó los poderes de los diputados artiguistas electos aduciendo falta de legalidad y cuestiones formales: “diplomas absolutamente nulos por incontestables principios”¹⁸. Tal afirmación no hizo más que ocultar una maniobra del gobierno para impedir la participación de los representantes de la Banda Oriental en la Asamblea.

¹⁸ Ver en PALACIO, Ernesto, *Historia de la Argentina 1515-1943*, A. Peña Lillo Editor, Bs. As. 1979, pag. 205.

VI. Proyectos Constitucionales

La Asamblea fue convocada como “general constituyente”, es decir con el objetivo de sancionar una Constitución. Como ya lo adelantáramos anteriormente, dicho propósito no fue alcanzado y ello se debió, entre otras razones, por no haberse declarado previamente la independencia de España.

No se sancionó una Constitución en aquella oportunidad, pero si fueron presentados en el seno de la Asamblea cinco proyectos constitucionales de innegable importancia como antecedentes en el largo proceso de organización institucional de nuestro país. Estos fueron:

- 1) Proyecto de la Comisión Oficial (unitario)
- 2) Proyecto de la Sociedad Patriótica (unitario)
- 3) Proyecto anónimo (unitario)
- 4) Proyecto de Constitución Federal para las Provincias Unidas (federal)
- 5) Proyecto de Constitución Territorial para la Provincia Oriental (federal)

1) Proyecto de la Comisión Oficial¹⁹

Este proyecto fue redactado por una comisión especial designada por la propia asamblea²⁰

Constaba de 276 artículos distribuidos en 22 capítulos.²¹ Si bien fue presentado, no llegó a tratarse.

No tiene preámbulo. Comienza con tres grandes declaraciones: “Las provincias del Río de la Plata, forman una República

¹⁹ Se puede acceder al texto completo en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2113/9.pdf>

²⁰ La misma estaba formada por Chorroaquin, Gómez, Vieytes, Herrera, Somellera y Agrelo. Por renuncia de Chorroaquin, se sumará Posadas. SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, Historia Institucional de Argentina, Fondo de Cultura Económica, México- Bs. As. 1948, pag. 111.

²¹ Tiene la particularidad que los artículos no son correlativos, es decir, no tienen una numeración corrida. Se enumeran capítulo por capítulo.

libre e independiente”; “La soberanía del Estado reside esencialmente en el pueblo”; “El pueblo es la reunión de todos los hombres libres de la República”. Adopta a la católica como religión de Estado (al mismo tiempo garantiza la libertad de culto). Consagra los “derechos del ciudadano” (igualdad ante la ley, libertad civil, seguridad individual). Adopta la clásica división de los poderes constituidos: Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial

El Poder Legislativo era bicameral, compuesto por un Senado y una Cámara de Representantes; El Poder Ejecutivo colegiado compuesto por tres miembros (triumvirato) elegidos por ambas cámaras legislativas con una duración de seis años en sus cargos. En cuanto al Poder Judicial, el proyecto disponía que el mismo debía ser independiente; que los jueces conservaban sus cargos mientras obraran bien (inamovilidad) y que habría una Corte Suprema de Justicia para todo el Estado, tribunales superiores en cada provincia, jueces letrados en cada partido y alcaldes en todos los pueblos.

2) *Proyecto de la Sociedad Patriótica*²²

Fue elaborado por los miembros más representativos de la Sociedad Patriótica²³. Se componía de 213 artículos, divididos en 25 capítulos. Inspirado en la Constitución francesa de 1795 y la norteamericana de 1787. Carece de un preámbulo. Denomina al Estado como *Provincias de la América del Sur*. Dedicar un capítulo a los derechos del hombre (vida, honra, libertad, seguridad, igualdad y propiedad). Adopta como religión de Estado a la católica²⁴. Contiene disposiciones referidas a la ciudadanía. Adopta la división de poderes: Poder Legislativo bicameral (cámara de representantes y cámara de senadores); Poder Ejecutivo unipersonal a cargo de un Presidente con tres

²² Se puede acceder a su texto completo en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2113/6.pdf>

²³ Monteagudo, Larrea, Planes, Valle y Cosme Argerich.

²⁴ Según establecía su artículo 12, “La Religión Católica es y será siempre la del Estado”.

años de duración en funciones, también preveía la figura de un vicepresidente quien ejercería la presidencia del Senado. Dedicó un capítulo al “gobierno ejecutivo de cada provincia”. Tal vez sea en estas disposiciones donde se muestre más claramente la concepción centralista de este proyecto constitucional, en donde las provincias no tenían ningún derecho, ni siquiera la de nombrar a sus propias autoridades. Se estableció que en cada provincia habría un prefecto, nombrado por el Poder Ejecutivo Nacional el que “deberá cumplir en ella todas las órdenes que le comunicará para su ejecución el Presidente”. Establecía un Supremo Poder Judicial compuesto por nueve magistrados, también contenía disposiciones referidas al poder judicial en cada provincia. Contaba con una sección destinada a la libertad de imprenta y otra a las municipalidades.

3) *Proyecto anónimo*²⁵

Se desconoce la autoría del proyecto. Se supone que se trata de un trabajo realizado por algún integrante de la Asamblea teniendo en cuenta y tomando en parte los otros dos proyectos anteriores: el de la Comisión Oficial y el de la Sociedad patriótica. Viene a completar la serie de proyectos unitarios presentados en la Asamblea del año XIII. Se compone de 187 artículos divididos en 13 capítulos.

A diferencia de los dos anteriores, este proyecto comienza con un preámbulo bajo el título “Declaración de los derechos y deberes del hombre en sociedad”. Denomina al Estado como “Provincias Unidas del Río de La Plata”, demarca su territorio, adopta a la católica como la religión del Estado; sigue la división tripartita de los poderes constituidos: Poder Legislativo Bicameral (Senado y Sala de Representantes); El Poder ejecutivo en manos de un Directorio Ejecutivo de tres miembros (triumvirato) elegidos por el poder legislativo. El Poder Judicial compuesto

²⁵ RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas, seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, Talleres S.A. Jacobo Peuser Ltda. Bs. As. 1939 T VI, 2da parte pag. 623.

por un Supremo Tribunal de Justicia, Tribunales Superiores de provincia y jueces criminales y civiles para todo el país. Este proyecto no contiene disposición alguna referida a las provincias, ni siquiera las menciona.

4) *Proyecto de Constitución Federal para las Provincias Unidas*²⁶

Este proyecto de Constitución federal contiene el pensamiento de Artigas volcado en las instrucciones orientales que ya hemos analizado anteriormente. Tanto el presente, como el proyecto territorial elaborado por la Banda Oriental, son complementarios. Uno fue pensado para organizar el Estado Nacional (constitución nacional) y el otro para uno de los estados provinciales que lo integraban (constitución provincial).

El proyecto de constitución de carácter federal para las Provincias Unidas de la América del Sud se denomina “Artículos de confederación y perpetua unión entre las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Paraguay, Banda Oriental del Uruguay, Córdoba, Tucumán, etc.”. Resulta clara que la fuente de inspiración fueron los Artículos de Confederación y Unión Perpetua de los Estados Unidos de Norteamérica de 1777²⁷ y la Constitución norteamericana sancionada en Filadelfia en 1787.²⁸

A nuestro criterio, este proyecto constitucional presentado por los diputados artiguistas en la Asamblea del Año III, si bien no fue tratado ni aprobado, resulta fuente indubitable de la Constitución Nacional sancionada en 1853.

²⁶ RAVIGNANI, Emilio, Ob. Cit. T VI, 2da parte, pag. 633.

²⁷ Constituyeron el primer documento de gobierno de los Estados Unidos, aprobados en 1777 y ratificados en 1778. Se establece una confederación entre los trece estados independientes para la defensa común, seguridad de sus libertades y bienestar general y recíproco. En 1787 la confederación se extinguirá para dar paso al primer estado federal moderno con la constitución de ese mismo año, que adoptará la forma de gobierno republicana presidencialista y la forma de estado democrático y federal. Ver BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Historia Política*, Ediar, Bs. As. 1997, pag. 224.

²⁸ A su vez, toma principios económicos de la constitución de Virginia y de la de Massachusetts las bases del constitucionalismo local. También el proyecto contiene los derechos incluidos en las diversas enmiendas a la constitución norteamericana hasta 1811.

De acuerdo a este proyecto constitucional, cada provincia retenía su soberanía, libertad e independencia y todo poder, jurisdicción y derecho que no fuera expresamente delegado. Las provincias entraban en una liga de amistad para la defensa común y para su mutua y general felicidad. Se obligaban a asistirse entre ellas en caso de violencia o ataques.²⁹ Estableció el principio de igualdad absoluta entre todos los habitantes de las distintas provincias.³⁰

En cuanto a la organización de los poderes, consagró un Poder Legislativo Bicameral, con dos cámaras separadas: una Sala de Representantes (diputados de la Nación, elegidos por el pueblo de las provincias por dos años, en proporción de uno por cada 20.000 habitantes y debían ser mayores de 25 años) y un Senado compuesto por dos senadores por provincia mayores de 30 años. Los legisladores serían remunerados por el tesoro nacional y no podrían ser arrestados por sus discursos o debates, tampoco podían recibir empleos ni funciones de otros poderes. Este proyecto es el primero en organizar un Congreso federal siguiendo el modelo norteamericano, el que luego tendrá su consagración definitiva en la Constitución de 1853.

El Poder Ejecutivo estaba en manos de un “presidente”, quien duraba dos años en su cargo sin poder ser reelegido. Este proyecto estableció un curioso mecanismo rotativo de designación: se debía sortear un candidato entre todas las provincias. La provincia que salía beneficiada debía ser excluida del siguiente sorteo, para de esta forma, todas pudieran nombrar al presidente de la república.³¹

²⁹ Art. 3. Ver RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, Ob. cit. T VI, 2da parte, pag. 634.

³⁰ El art. 4 estableció que para asegurar la unión entre las distintas provincias, los habitantes libres de cada una de ellas tenían el privilegio e inmunidades inherentes a los ciudadanos de las demás, libre entrada en todas las provincias y mismos privilegios con referencia al tráfico y al comercio y mismos deberes y restricciones (igualdad civil y económica entre los habitantes de las distintas provincias). RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, Ob. cit. T VI, 2da parte, pag. 634

³¹ Ver art. 41 del proyecto.

Fueron establecidos principios del debido proceso: inviolabilidad de “casas, papeles y efectos”; prohibición de arresto sin orden previa (art. 47); imposibilidad de doble juzgamiento por el mismo hecho (art. 48); protección de la vida, libertad y bienes (art. 48), juez natural (art. 50); prohibición de penas crueles (art. 51).

Se instituye un poder judicial doble; uno para los asuntos de carácter nacional (federal) y otro para las cuestiones de las provincias (organizado en la constitución provincial). De la justicia federal este proyecto faculta al Congreso en su art. 35 la creación de tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia. De acuerdo a los principios clásicos, ni el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo jamás podrán ejercer funciones propias del Poder Judicial (art. 63).

Asimismo, el proyecto establecía la posibilidad de que la Constitución pudiera ser reformada. Para que ello ocurriera debería declararse la necesidad de la reforma por las dos terceras partes de ambas cámaras o a solicitud de las dos terceras partes de las legislaturas provinciales (art. 62).

La última parte está dedicada a los “puntos principales de la Constitución provincial”. Allí, en cuatro artículos, quedan formuladas las bases sobre las cuales las provincias dictarían sus respectivas constituciones locales (soberanía popular, igualdad en el ejercicio de las funciones públicas, libertad de comicios y elecciones, entre otras).

5) Proyecto de Constitución Territorial para la Provincia Oriental³²

Como ya quedara expresado con anterioridad, el pensamiento federal de Artigas se ve reflejado en dos proyectos de Constitución (uno nacional y otro provincial) que necesariamente deben

³² Se puede acceder a su texto completo en DEMICHELI, Alberto, *Formación Nacional Argentina, Derecho Público Preexistente, Pactos Interprovinciales y su Constitucionalización*, Depalma, Bs.As. 1971, Tomo I, pag. 415.

complementarse. De allí que los diputados orientales además del Proyecto de Constitución federal para las Provincias Unidas, llevaron a la Asamblea un proyecto de Constitución territorial para la Banda Oriental.

El proyecto comienza con un capítulo dedicado a los derechos y declaraciones de carácter general. Allí se establecen los “derechos naturales” (vida, libertad, seguridad, felicidad); libertad de cultos; enseñanza primaria obligatoria y gratuita; derecho a la igualdad; derecho de la provincia oriental a gobernarse como un “Estado libre, soberano e independiente” en ejercicio de todo el poder no delegado a las Provincias Unidas. Se estableció que el gobierno es instituido para el bien común y felicidad de los pueblos y no para el interés privado de ningún hombre ni familia alguna; se instauró el derecho de acceso a la justicia en defensa de la persona o la propiedad; se consagraron las reglas del debido proceso; libertad de imprenta; elecciones libres, independencia del poder judicial y división de poderes.³³

Seguidamente, el proyecto se refiere a la parte orgánica de la Constitución. Adopta la clásica división tripartita de los poderes constituidos. Poder Legislativo bicameral, compuesto por una Sala de Representantes y un Senado. Poder Ejecutivo a cargo de un “Gobernador de la Provincia Oriental del Uruguay”³⁴, elegido por ambas cámaras y con una duración de un año en su cargo. El Poder Judicial estaría a cargo de los cabildos de las ciudades y villas. El proyecto contemplaba una justicia rápida, eficiente y gratuita.³⁵ Por último destacamos la firme intención, plasmada en el proyecto, de fomentar la enseñanza media y superior.³⁶

³³ Ver Capítulo 1, arts. 1 a 21 del proyecto.

³⁴ Capítulo 4, art. 1 del proyecto.

³⁵ En estos términos se refiere GALLETI, al analizar el poder judicial en este proyecto de constitución territorial. Ver GALLETI, Alfredo, Ob. Cit. Pag. 306. Por nuestra parte creemos encontrar algo referido a la gratuidad del proceso judicial en el art. 8 del capítulo 5 del proyecto bajo el título “Poder Judiciario”, en donde se establece la prohibición de papel sellado para pleitos.

³⁶ El art. 5 del Capítulo 5 textualmente reza: “Art. 5-[Enseñanza media y superior] Y respecto a que nuestros sabios y piadosos europeos-españoles nos han mezquinado las artes, ciencias

VII. El Directorio. Sublevación de Fontezuelas. Disolución de la Asamblea

En enero de 1814, la Asamblea decidió la concentración del poder ejecutivo en una sola persona creando el cargo de Director Supremo de las Provincias Unidas y declarando abolido el triunvirato. Así, en su sesión del 22 de enero de 1814 fue designado para el cargo Gervasio Antonio de Posadas, quien desempeñó sus funciones hasta su renuncia un año más tarde el 9 de enero de 1815. El Director estaría acompañado por un Consejo de Estado integrado por nueve miembros encargados de asistirlo y asesorarlo en los asuntos de gobierno.

Los acontecimientos en Europa ante las derrotas sufridas por Napoleón en sus campañas y el inminente regreso de monarca Fernando VII al trono de España, quien se suponía, no dudaría en sofocar las revoluciones americanas, llevaron a la Asamblea a la concentración del gobierno en una sola persona. A esta delicada situación externa se sumaba las derrotas del ejército patriota en las batallas de Vilcapugio y Ayohuma.³⁷

Entre tanto, la figura de Artigas se había consolidado en la Banda Oriental y en las provincias del litoral, convirtiéndose en un verdadero caudillo entre sus seguidores. Su prestigio y liderazgo indiscutido en las poblaciones encontraba fundamento en su espíritu localista, en su sentimiento de libertad contra sus

y bellas literaturas, con el fin depravado de que viviéramos en la vegetación de la oscuridad, ignorancia y desinterés de las ventajas que contribuyen al gran beneficio de los pueblos, preservación de sus derechos y libertad: será una ley precisa para el poder legislativo y demás magistrados presentes y venideros de esta provincia, el fomentar y levantar los seminarios para las ciencias, artes, aulas de gramática, filosofía, matemáticas y lenguas; fomentar las sociedades (privadas) y públicas e instrucciones para la promoción de la agricultura, comercio, oficios, manufacturas e historia natural del país, y todo afectos social y sentimiento generosos que acrediten las virtudes de un pueblo bien civilizado entre las Naciones cultas". Ver en DEMICHELI, Alberto, *Formación Nacional Argentina, Derecho Público Preexistente*, Ob. Cit. Pag. 430.

³⁷ Batalla de Vilcapugio, el ejército de Belgrano es derrotado por los realistas al mando de Pezuela el 1 de octubre de 1813. En Ayohuma, Belgrano es derrotado por segunda vez por el ejército realista el 14 de noviembre de 1813 dando por finalizada la segunda expedición auxiliadora al Alto Perú.

enemigos realistas y portugueses, como así también en su firme postura contra la política centralista de Buenos Aires. La sola idea de una federación propuesta por Artigas resultaba para los hombres del gobierno una propuesta anárquica, bárbara o salvaje, opuesta al criterio llevado adelante por los dirigentes porteños desde el inicio de la revolución. Por todo ello, es que no transcurrió mucho tiempo para que las relaciones entre las autoridades porteñas y Artigas llegaran a deteriorarse y entraran en una franca tensión. A tal punto llegará dicho enfrentamiento que Posadas, al asumir como Director, lo declaró infame, traidor y enemigo de la Patria, lo puso fuera de la ley y ofreció recompensa a quien lo entregara vivo o muerto.

En junio de 1814 cae Montevideo, último reducto realista en el Río de la Plata. Será el tiempo de Artigas que, instalado hacia el litoral del río Uruguay en su campamento “La Purificación”, gobernará su territorio hasta que se produzca la invasión portuguesa de la Provincia Oriental. El caudillo, que comienza a ser llamado el “protector de los pueblos libres” se encuentra en la cúspide de su carrera política. Comienza a recibir apoyo de los pueblos de las provincias litorales, produciéndose una verdadera expansión del federalismo artiguista por toda la región.

Durante su breve gobierno, Artigas se mostró preocupado por la situación de la campaña oriental: inseguridad, disminución de la riqueza ganadera y latifundios improductivos. En este contexto da a conocer el 10 de septiembre de 1815 el “Reglamento de Tierras”,³⁸ un documento de gran trascendencia política que contiene aspectos sociales, económicos y productivos. En él se propone un proceso de distribución de tierras entre los más vulnerables. “Negros libres, zambos, indios, criollos pobres, viudas pobres con hijos” podrían verse beneficiados

³⁸ El documento llevaba el título de “Reglamento Provisorio de la Provincia Oriental para el fomento de la Campaña y seguridad de sus Hacendados”. Se puede acceder al mismo en Biblioteca Virtual Universal, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/158184.pdf>. También se puede ampliar en ROJAS, Edgardo, *Historia Constitucional. Uso alternativo del Derecho y Reglamento Provisorio de 1815 del Protector de los Pueblos Libres*, Revista Derechos en Acción, Año 2 (2017), Verano 2017/2018, pag. 39/48, <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2916/3082>.

con la asignación de tierras para ser trabajadas propendiendo a la felicidad de la provincia y de sus habitantes.³⁹ Será en el artículo 6 del Reglamento de Tierras donde quedará plasmada una de las frases más famosas del ideario artiguista: “los más infelices serán los más privilegiados”.⁴⁰

VIII. La Liga de los Pueblos Libres. Congreso de Oriente (1815)

El 29 de junio de 1815 se reunieron en el llamado *Congreso de Oriente* en Arroyo de la China (actual ciudad de Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos) los representantes de las provincias que respondían al caudillo oriental. Allí concurrieron Misiones, Córdoba, Santa Fe, Entre Ríos, Corrientes y la Banda Oriental. Ese mismo día quedó conformada una alianza federal, que de hecho ya existía, conocida como la “Liga de los Pueblos Libres” bajo el protectorado de Artigas. Su primer acto fue declarar solemnemente la independencia de la monarquía española.⁴¹

³⁹ Vemos como de manera incipiente ya se plantea y se reconoce una suerte de tutela diferenciada ante situaciones de vulnerabilidad. Ampliar en CABRAL, Pablo Octavio, *La Ley n° 26.854 de medidas cautelares contra el Estado Nacional. Una nueva legislación que reconoce tutelas procesales diferenciales en materia ambiental*. Revista Federal de Derecho – número 1. Noviembre de 2017 (8-11-2017) IJ-CDLXXXII-868.

⁴⁰ El artículo 6° textualmente rezaba: “Por ahora el señor alcalde provincial y demás subalternos se dedicarán a fomentar con brazos útiles la población de la campaña. Para ello revisará cada uno, en sus respectivas jurisdicciones, los terrenos disponibles; y los sujetos dignos de esta gracia con prevención que los más infelices serán los más privilegiados. En consecuencia, los negros libres, los zambos de esta clase, los indios y los criollos pobres, todos podrán ser agraciados con suertes de estancia, si con su trabajo y hombría de bien propenden a su felicidad, y a la de la provincia”. En tanto que el artículo 7° disponía: “Serán también agraciadas las viudas pobres si tuvieren hijos. Serán igualmente preferidos los casados a los americanos solteros, y estos a cualquier extranjero”.

⁴¹ Como señala José María Rosa “no se llevaron actas del Congreso de Oriente, o fueron destruidas. Sus resoluciones se inducen de la correspondencia de Artigas y sus integrantes”. ROSA, José María, *Historia Argentina*, Ob. Cit. Tomo III, pag. 144. Es por ello que no existiría certeza de tal declaración de independencia. Señala O'Donnell que el propio Artigas al enterarse de la declaración del Congreso de Tucumán un año más tarde, le escribe una carta al Director Supremo Juan Martín de Pueyrredón recordándole que “Ha más de un año que la Banda Oriental enarboló su estandarte tricolor y juró su independencia absoluta y respectiva.

La liga federal de 1815 impondrá en nuestro país no solo sus principios federativos, sino también la técnica de los pactos interprovinciales como base previa a toda posible organización nacional.

En honor a la verdad histórica, debemos destacar que Artigas siempre rechazó la idea de independizar a la Banda Oriental. Muy por el contrario sostuvo desde los inicios de la revolución la idea de una provincia federal integrante de una confederación con el resto de las Provincias Unidas del Río de La Plata. Años mas tarde, con Artigas exiliado en Paraguay y retirado definitivamente de la escena política, se producirá en 1828 el surgimiento de la República Oriental del Uruguay como consecuencia del Tratado Preliminar de paz firmado con el Imperio del Brasil. Convenio éste, que pondría fin a la guerra suscitada entre ambos países en la disputa por el territorio oriental. Así, lejos del genuino sentimiento de Artigas y del pueblo de la Banda Oriental, esa provincia se escindirá definitivamente para convertirse en un nuevo Estado en el Río de La Plata, sancionando su primera constitución dos años mas tarde en 1830.⁴²

El 9 de enero de 1815 Posadas presenta la renuncia a su cargo de Director Supremo. Ese mismo día la Asamblea designó

Lo hará V.E. presente al Soberano Congreso para su Superior conocimiento". Ver O'DONNELL, Pacho, 1815, La primera declaración de independencia argentina, Editorial Aguilar.

⁴² Los representantes orientales reunidos en el Congreso de La Florida el 25 de agosto de 1825, declararon solemnemente la independencia del Imperio del Brasil, para luego, un día más tarde, proclamar la unión con el resto de las provincias argentinas: "*La H. Sala de Representantes de la Provincia Oriental del Río de la Plata en virtud de la soberanía ordinaria y extraordinaria que legalmente reviste para resolver y sancionar todo cuanto tienda a la felicidad de ella, declara: que su voto general, constante, solemne y decidido es, y debe ser, por la unidad con las demás Provincias Argentinas a que siempre perteneció por los vínculos más sagrados que el mundo conoce. Por tanto, ha sancionado y decreta por ley fundamental la siguiente: Queda la Provincia Oriental del Río de la Plata unida a las demás de este nombre en el territorio de Sud América, por ser la libre y espontánea voluntad de los Pueblos que la componen, manifestada con testimonios irrefragables y esfuerzos heroicos desde el primer período de la regeneración política de dichas Provincias. Dado en la Sala de Sesiones de la Representación Provincial, en la villa de San Fernando de la Florida, a los veinticinco días del mes de agosto de mil ochocientos veinticinco*". RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes argentinas*, Ob. Cit. Tomo VI, 2da. Parte, pag. 166. (el resaltado me pertenece).

al joven General Carlos María de Alvear para reemplazarlo. Su gobierno fue muy breve, tan solo estará tres meses en funciones.

Alvear intentará un acuerdo con Artigas quien se opondrá a un entendimiento con las nuevas autoridades centrales. Como el artiguismo no quiere pactar, entonces decidió enfrentarlo. Alvear tomó la determinación de enviar un ejército al mando del brigadier Ignacio Álvarez Thomas para enfrentar a las tropas de Artigas en Santa Fe. Pero ocurrió que en el trayecto, al arribar a la posta de Fontezuelas el 3 de abril de 1815, la columna enviada contra las montoneras del litoral (con su jefe a la cabeza) se sublevó. Desde allí las tropas sublevadas intimaron al Director que abandone el mando, en un claro apoyo al caudillo oriental. Frente a tal situación, y sin la colaboración de sus propios aliados, Alvear presentó su renuncia ante la Asamblea el 14 de abril de 1815.⁴³

IX. Disolución de la Asamblea

La caída de Alvear arrastró la suerte de la Asamblea, que es formalmente disuelta por el Cabildo de Buenos Aires el 15 de abril de 1815. El cabildo reasumió así de manera provisoria la autoridad soberana y pasó a dictar en consecuencia algunas disposiciones referidas a la creación de un gobierno provisional. Resolvió convocar al pueblo de Buenos Aires para que eligiese un grupo de electores con facultades para nombrar un gobierno provisorio hasta la reunión de un Congreso General de las Provincias. Así, una vez efectuado el escrutinio, se nombró al general Rondeau como Director Supremo Provisorio, quien por encontrarse al frente del ejército del norte, sería reemplazado por Álvarez Thomas en calidad de suplente.

Al mismo tiempo, el cabildo dispuso la creación de un organismo colegiado de carácter moderador: la “Junta de

⁴³ Ampliar en PALACIO, Ernesto, *Historia Argentina 1515-1955*, A. Peña Lillo Editor S.A., Bs. As. 1979, pag. 216.

⁴⁴ Los electos resultaron ser: Esteban Gascón, Pedro Medrano, Antonio Sáenz, Mariano Serrano y Manuel de Anchorena. Como suplentes fueron designados: Manuel Obligado y Domingo

Observación” compuesta por cinco ciudadanos “virtuosos” que daría al nuevo gobierno un Estatuto provisional.⁴⁴

A la hora de analizar los sucesos que rodearon la crisis de la Asamblea del año XIII, en tanto que no logró sus objetivos de independencia y constitución, debemos tener presente la situación europea de aquellos años. Europa había cambiado radicalmente en los primeros meses de 1814. Con la abdicación de Napoleón y la vuelta al trono de España de Fernando VII desapareció la causa que justificaba la revolución americana. Los pueblos de las colonias se habían levantado en nombre del rey cautivo, de allí que su liberación y regreso al poder no les daba más alternativas que recibirlo con beneplácito y deponer las armas. Pero la partida estaba demasiado avanzada para retroceder.

El regreso del rey Fernando VII al trono de España trastocó los planes del grupo dirigente. Corrían fuertes versiones de que se estaba preparando en Cádiz una expedición contra los revolucionarios del Río de La Plata compuesta por más de 15.000 hombres.⁴⁵ Todo esto, llevó a la Asamblea al desconcierto y a la improvisación, para terminar disolviéndose a poco más de dos años de su creación sin poder cumplir su cometido inicial.

El Estatuto Provisional de 1815 dado por la Junta de Observación estableció que el Poder Ejecutivo debía convocar a las ciudades y villas de las provincias interiores a que envíen diputados a un Congreso a reunirse en la ciudad de Tucumán. Dicho Congreso logró cumplir los dos objetivos que no pudo la Asamblea de Año XIII: Declaró la independencia en 1816 y sancionó una Constitución en 1819.⁴⁶

Zapiola. Ver en IBAÑEZ, José. *Historia de las Instituciones Políticas y Sociales en América y en el actual territorio argentino*. Editorial Troquel SA, Bs. As. Sexta edición, 1962. Pag. 78

⁴⁵ Ver LOPEZ ROSAS, José Rafael, *Historia constitucional argentina*, Editorial Astrea, Bs. As, 1984, 3ra. Edición, pag. 196.

⁴⁶ La constitución de 1819 fue sancionada por el Congreso una vez que éste se había trasladado a Buenos Aires.

Los Actos de Administración: la Figura del Dictamen Jurídico

The Acts of Administration: the figure of the Legal Report

Os Atos de Administração: a Figura do Ditame Jurídico

Les actes de l'administration: la figure de l'opinion juridique

*Oswaldo Héctor Bezzi*¹ | Universidad Nacional
de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 148-166

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e217>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4404-6372>

Recibido: 08/08/2018

Aprobado: 21/09/2018

Resumen: La actividad interna de la Administración ha sido objeto de especial tratamiento en la doctrina italiana, que ha efectuado una distinción basada en la eficacia: actos internos y externos. Esta distinción ha generado opiniones divergentes de la actividad interorgánica, la cual comprendería a los actos dirigidos fundamentalmente a otros órganos de la Administración y que agotan en la organización administrativa su eficacia. El trabajo desarrolla la figura del dictamen. En el ámbito de la actividad preparatoria de la decisión administrativa cobra relieve la función de la Administración consultiva, pues mediante ella se ilustra de manera anticipada al dictado de un acto administrativo, con el respectivo juicio al órgano de la Administración activa con competencia decisoria en la materia de la que se trate. El resultado de dicha actividad se plasma en un dictamen, el cual consiste en un juicio fundado en una

¹ El presente trabajo contó con la colaboración de Lucas M. Rueda. <https://orcid.org/0000-0001-5534-3439>.

ciencia determinada, que emiten organismos técnicamente calificados a fin de colaborar en el encuadre y comprensión del asunto bajo análisis, para permitir así que el órgano de la Administración activa efectúe una decisión ajustada al ordenamiento jurídico, tendiendo a satisfacer de mejor manera los principios de justicia y legalidad.

Palabras claves: Administración pública; actividad interna; dictamen.

Abstract: The internal activity of the Administration has been given special treatment in the Italian doctrine, which has made a distinction based on efficiency: internal and external acts. This distinction has generated divergent opinions of the inter-organic activity, which would include the acts directed fundamentally to other organs of the Administration and which exhaust their effectiveness in the administrative organization. The work develops the figure of the opinion. In the field of the preparatory activity of the administrative decision, the role of the consultative Administration is highlighted, as it illustrates in advance of the issuance of an administrative act, with the respective judgement to the active body of the Administration with decision-making competence in the matter in question. The result of this activity is reflected in an opinion, which consists of a judgment based on a specific science, issued by technically qualified bodies in order to collaborate in the framing and understanding of the matter under analysis, thus allowing the active administrative body to make a decision adjusted to the legal system, tending to better satisfy the principles of justice and legality.

Keywords: Public administration; internal activity; report.

Resumo: A actividade interna da Administração tem sido objecto de tratamento especial na doutrina italiana, que fez uma distinção baseada na eficácia: actos internos e externos. Esta distinção tem gerado opiniões divergentes de actividade interorganizacional, o que incluiria atos dirigidos principalmente para outros órgãos da Administração e que Destroem a eficácia da organização administrativa. O trabalho desenvolve a figura da opinião. No campo da actividade de preparação do decisão administrativa é realçado o papel do corpo Consultivo, como por isso é ilustrado previamente para a emissão de um acto de administração, com o respectivo julgamento para a gestão activa corpo com poder de decisão no assunto. O resultado desta actividade é refletida em uma opinião, que é um baseado em uma ciência particular, que emitem

tecnicamente qualificado para colaborar na definição e compreensão do assunto em julgamento agências de análise, permitindo assim que o corpo do A administração ativa toma uma decisão ajustada ao sistema legal, tendendo a melhor atender aos princípios de justiça e legalidade.

Palavras-chave: Administração pública; atividade interna; parecer

Résumé: L'activité interne de l'Administration a fait l'objet d'un traitement spécial dans la doctrine italienne, qui établit une distinction fondée sur l'efficacité: actes internes et actes externes. Cette distinction a généré des opinions divergentes sur l'activité interorganique, qui incluraient les actes visant fondamentalement d'autres organes de l'Administration et qui épuiserait dans l'organisation administrative leur efficacité. Le travail développe la figure de l'opinion judiciaire. Dans le domaine de l'activité préparatoire de la décision administrative, le rôle de l'administration consultative est mis en évidence, car il illustre par avance la délivrance d'un acte administratif, avec l'arrêt correspondant à l'organe de l'administration active ayant une compétence déterminante en matière de celui concerné. Le résultat de cette activité est exprimé dans un avis qui consiste en un jugement basé sur une science spécifique, émis par des organismes techniquement qualifiés afin de collaborer à la définition et à la compréhension du sujet analysé, afin de permettre à l'organe d'administration prend une décision adaptée au système juridique, tendant à mieux respecter les principes de justice et de légalité.

Mot-clés: Administration publique; activité interne, avis juridique

I. La llamada actividad interna, su relación con el régimen jurídico de los actos administrativos; los actos de administración

La actividad interna de la Administración ha sido objeto de especial tratamiento en la doctrina italiana, que ha efectuado una distinción basada en la eficacia: actos internos y externos. Esta distinción ha generado opiniones divergentes de la actividad interorgánica, la cual comprendería a los actos dirigidos fundamentalmente a otros órganos de la Administración y que agotan en la organización administrativa su eficacia.²

En forma liminar cabe referir que un examen histórico de las relaciones orgánicas revela que la negación del carácter jurídico de las normas de organización administrativa se fundó en que en ellas puede faltar el carácter fundamental de la alteridad, dato que se ha predicado como esencial de la norma jurídica; no obstante ello es dable ponderar expresando el razonamiento que efectuara Fernando Garrido Falla: "...es la existencia del Derecho administrativo la que determina la juridicidad de esas normas de organización"³.

Por otra parte corresponde señalar que en la doctrina existen divergencias en relación con el alcance que corresponde asignar a la actividad interna⁴. Así, Juan Francisco Linares al abordar la temática discrimina entre actividades domésticas, interorgánicas e interadministrativas, especificando que la primera clase designa "la actividad de cada órgano, que no sea interorgánica, sino 'simplemente orgánica' o 'doméstica', por la cual se ejerce una competencia cerrada, en el sentido de que no se traduce en procesos de relación con otros órganos o con particulares"⁵; por su lado, la actividad interorgánica traduciría

² Por ejemplo, ver ZANOBINI, Guido, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, páginas 343/345.

³ GARRIDO FALLA, Fernando "Las Transformaciones del Régimen Administrativo", publicado en Estudios de Administración, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, página 17.

⁴ Ver Fernando R. GARCÍA PULLÉS, en su meduloso estudio "Actividad administrativa interna, interorgánica e interadministrativa", publicado en la obra colectiva "Acto Administrativo y Reglamento", Jornadas organizadas por la Universidad Astral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap S.A., páginas 335 y ss. Ver también POLITI, Adela, "Los Actos Interorgánicos", publicado en la obra colectiva Acto Administrativo, Cátedra de Derecho Administrativo, Guido Santiago TAWIL Director, Capítulo 2, páginas 17/26 y GALLI BASUALDO, Martín, "Los Actos Interadministrativos", publicado en la obra colectiva Acto Administrativo, Cátedra de Derecho Administrativo, Guido Santiago TAWIL Director, ob. cit., Capítulo 3, páginas 27/36.

⁵ LINARES, Juan Francisco, Derecho Administrativo, ob. cit., páginas 307 y ss. Los ejemplos dados por este talentoso jurista revelan el reducido alcance que le otorga a esta clase de actividad, ya que ella estaría configurada por operaciones tales como la recepción de presentaciones que realiza una mesa de entradas, la compaginación de expedientes, la realización de consultas verbales, redacción de memorandos, servir café. Se advierte entonces que se trataría de meros hechos que muchas veces ni siquiera podrían ser conceptualizados como actos.

una relación entre meros órganos “no personalizados” de la Administración, la cual se ejercería a través de actos, algunos de los cuales serían “administrativos” y otros “de administración”⁶. Por otro lado, la “actividad interadministrativa” o “intersubjetiva” sería aquella mediante la cual se relacionan dos o más personas estatales.

Miguel Santiago Marienhoff sostuvo que la actividad interna de carácter general (v. gr.: instrucciones y circulares) no se concreta en actos administrativos sino en actos de administración cuyos efectos no trascienden al exterior. Así, afirmó: “Excepcionalmente esta actividad puede dar lugar a un acto administrativo ‘stricto sensu’, cuando por el contenido o alcance de la misma trascienda o exceda el mero ámbito de la Administración Pública, incidiendo en la esfera jurídica de terceros”, ejemplificando con la hipótesis de que por aplicación de un reglamento interno se vulneren derechos de un agente o se incida en el *status* de un administrado⁷.

En este orden de ideas, como dijo Jean Rivero, la circular es, en principio, un acto interior puro, destinado solo a los agentes del servicio, que se entiende que conforman en virtud de la obediencia jerárquica, pero sin efecto respecto de los administrados, que la ignoran muy a menudo. Este autor advierte, sin embargo, que si bajo forma de circular se modifica la situación de estos últimos el Consejo de Estado no duda en descubrir que ella importa una verdadera decisión reglamentaria contra la cual declara procedente el recurso por exceso de poder⁸.

⁶ Ejemplos serían las instrucciones generales, los reglamentos internos y otros individuales como las órdenes de servicio, las sanciones disciplinarias, y los dictámenes. De tal modo, se aprecia que para este autor la locución “interorgánica” también comprendería aquellas que se establecen entre los diversos cargos establecidos en una determinada estructura organizacional, ver LINARES, Juan Francisco, Derecho Administrativo, páginas 308/309.

⁷ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, páginas 247/248; ver también su estudio “Actividad Interorgánica. Relaciones Interadministrativas”, publicado en Revista Jurisprudencia Argentina 1962-III, páginas 77 y ss.

⁸ RIVERO, Jean, Droit Administratif, página 95/97; asimismo, Georges VEDEL trata la cuestión de las circulares o instrucciones de servicio y su real naturaleza jurídica, en

Con respecto a la actividad calificada como interna se ha considerado clarificadora la distinción entre la relación orgánica y de servicio realizada por José Antonio García-Trevijano Fos, en virtud de la cual el funcionario no debe confundirse del todo con el órgano: mientras que los órganos no tienen derechos sino competencias, en el ámbito de la relación de servicio los agentes –en tanto individuos encargados de desarrollar una determinada función pública- poseen un conjunto de derechos y deberes, y dicho *status* puede verse afectado por esas medidas⁹. Como expresara Ernst Forsthoff en oportunidad de tratar las relaciones jurídicas entre órganos, la atribución de competencia no significa la concesión de un derecho subjetivo: “Las instituciones en cuanto tales no pueden ser titulares de derechos subjetivos, salvo el caso de que sean también personas jurídicas por haberseles reconocido capacidad jurídica”¹⁰, a lo cual agrega: “Cuando se transgrede una esfera de competencia, la autoridad afectada no es violada en sus derechos. Por esa

VEDEL, Georges Derecho Administrativo, Edición Española, Traducción de la Sexta Edición Francesa por Juan Rincón Jurado, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, páginas 142/145; en el Derecho español un análisis de las instrucciones y circulares, con sus clasificaciones según su contenido (que es muy heterogéneo) y naturaleza jurídica de las mismas, en la obra de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, Fundamentos de Derecho Administrativo, Volumen I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991, páginas 727 y ss. Ciertamente, como ha expresado el citado jurista español, las instrucciones y circulares internas tienen su fundamento en la potestad autoorganizatoria y en el poder jerárquico, mediante las cuales los órganos superiores dirigen con carácter general la actividad de los inferiores.

⁹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, Antonio, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Volumen 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, página 466/468. En el mismo sentido puede verse COMADIRA, Julio R. “Algunos Aspectos de la Teoría del Acto Administrativo”, publicado en Revista Jurisprudencia Argentina 1996-IV, páginas 750 y ss. Hartmut MAURER destaca que en el Derecho alemán se considera que el acto administrativo debe estar dirigido a producir efectos externos y por ello quedan fuera del concepto las órdenes de servicio que se refieren al funcionario como administrador, no obstante se advierte “...serán, sin embargo, actos administrativos cuando se refieran a él en cuanto persona autónoma (esto es, en un sentido personal). En el primer caso el servidor público se sitúa dentro del ámbito administrativo y en el segundo fuera de dicho ámbito”, en MAURER, Hartmut, Derecho Administrativo Alemán, páginas 198/199.

¹⁰ FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, página 575.

razón, los conflictos de competencia no son litigios jurídicos en torno a derechos subjetivos”.¹¹

De todo lo expuesto se desprende la importancia que tiene la teoría de la calificación jurídica, la que establece el correcto encuadramiento de los actos y situaciones más allá de su ropaje terminológico o *nomen iuris*.

En la doctrina argentina se han mencionado como ejemplo de actos generados a raíz de las relaciones interorgánicas los de colaboración y conflicto, de control y supervisión, de información y consulta, etc. Juan Carlos Cassagne considera que la actividad inter-orgánica “...presenta rasgos distintos en relación con el régimen jurídico de los actos administrativos, hecho que justifica su aislamiento conceptual” postulando la aplicación supletoria o analógica –según el caso- de las normas y principios que informan el régimen jurídico del acto administrativo¹².

Por su parte Agustín Gordillo, entiende que si los actos tienen efectos jurídicos directos, se rigen por las mismas disposiciones y los mismos principios, es decir resulta aplicable el mismo régimen jurídico. En tal sentido considera que no existen razones para clasificarlos y definirlos separadamente “... sólo porque unos produzcan efectos hacia afuera y otros hacia adentro”, por ello la distinción debe basarse “... prescindiendo

¹¹ FORSTHOFF, Ernst, Tratado de Derecho Administrativo, páginas 575/576, dicho autor concuerda con la doctrina de George JELLINEK; al respecto, puede verse BEZZI, Osvaldo Máximo, en “La Competencia del Órgano Administrativo, publicado en la obra colectiva Acto y Procedimiento Administrativo, dirigida por Manuel María DIEZ, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, páginas 24 y ss.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Volumen II, Quinta Edición, Editorial Abeledo-Perrot, páginas 60 y ss. Dicho jurista señala que no rige en toda su dimensión el carácter de la ejecutoriedad y el principio de la estabilidad del acto administrativo, apuntando que difiere su publicidad y que no son en principio cuestionables ni en sede administrativa ni judicial. Fernando GARCÍA PULLÉS considera indispensable que a los actos interorgánicos e interadministrativos se les procure: “...una regulación normativa específica, que no se base sobre la analogía o la supletoriedad fundada en la opinión doctrinaria, sino sobre preceptos de Derecho positivo que, para iniciar, podrían declarar la plena aplicación de los principios de la Ley de Procedimientos Administrativos a su respecto”, “Actividad Administrativa Interna, Interorgánica e Interadministrativa”, página 344.

de quienes son alcanzados por tales efectos”; y en este orden de ideas, estima que no es conveniente distinguir entre actos administrativos, actos inter-orgánicos y actos inter-administrativos”¹³.

Es dable considerar que la actividad administrativa resulta ser muy variada y esa heterogeneidad dificulta su regulación jurídica homogénea. Ante el numeroso conjunto de actos cabría quizá reflexionar que podría constituir un error metodológico partir de un determinado concepto de acto administrativo y constituir un punto de vista absoluto; en tal sentido, por ejemplo, cuando la autoridad superior dicta un acto que con motivos fundados dispone la avocación para resolver un asunto sustituyendo al inferior o en el caso de que se disponga por acto fundado la intervención administrativa de un ente descentralizado, podría considerarse que la calificación de esos actos como administrativos resulta jurídicamente lógica. En el mismo sentido, en el ámbito de las llamadas relaciones interadministrativas –y especialmente– las que se entablan entre distintas esferas del gobierno, resulta frecuente la emisión de actos administrativos y la celebración de convenios, por ejemplo con: el dictado de un permiso de uso de un bien del dominio provincial a favor de un municipio; el acto del P.E. mediante el cual se convalida o aprueba una ordenanza urbanística; el acto del ejecutivo provincial por el que se acepta la cesión de bienes efectuada por un municipio, etc.¹⁴. Ciertamente, como ha entendido Juan

¹³ GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, páginas 17/18. El destacado autor expresa que los efectos jurídicos pueden ser relativos a particulares, a funcionarios o entes administrativos, sin que exista a su criterio diferencia importante de régimen jurídico. En el mismo sentido, DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Sexta Edición, 1997, página 223.

¹⁴ En el orden provincial se han producido controversias jurídicas entre la provincia y los municipios, particularmente con relación a tierras aluvionales originadas en cursos de agua; no obstante pertenecer a dos esferas de gobierno esos conflictos no resultan razonables en cuanto afectan el principio de unidad del ordenamiento estatal. En el orden nacional ver las consideraciones expuestas por Juan Carlos CASSAGNE, especialmente al abordar la solución de conflictos inter-administrativos pertenecientes a una misma esfera de gobierno, en su obra Derecho Administrativo, Volumen II, páginas 64 y ss., y el estudio de Fernando R. GARCÍA PULLÉS, “Actividad Administrativa Interna, Interorgánica e Interadministrativa”,

Carlos Cassagne no rigen en toda su dimensión algunos caracteres o prerrogativas del acto administrativo y otras notas de su régimen, pero las diferencias no necesariamente justificarían su expulsión conceptual. En todo caso podría tratarse de una especie o clase de acto administrativo. A su vez, puede señalarse que no todos los actos interorgánicos pueden asimilarse a los administrativos lo que no obsta a que se le apliquen como han entendido Juan Carlos Cassagne y Juan Francisco Linares, los principios del régimen jurídico del acto administrativo. En tal orden de ideas, las circulares o instrucciones que contienen directivas generales de buena administración o establecen prescripciones de carácter técnico¹⁵, los actos de la Administración de colaboración, de control interno, las medidas preparatorias de la decisión administrativa como los informes y dictámenes, acto este último que en el campo jurídico cobra relieve significativo, representan a los llamados «actos de administración» en cuanto no han de producir efectos jurídicos directos¹⁶ ni propiamente trascienden el ámbito de la organización administrativa.

II. La figura del dictamen¹⁷: naturaleza, función, requisitos, clasificaciones, apartamiento del juicio por el órgano decisor y la teoría de la subsanación

En el ámbito de la actividad preparatoria de la decisión administrativa cobra relieve la función de la Administración

ob.cit., página 345 y ss. La Ley N° 19.983 regula el tratamiento de los conflictos de naturaleza pecuniaria, resultando el órgano competente para resolver los reclamos el Poder Ejecutivo o el Procurador del Tesoro de la Nación, según el monto. Los conflictos de competencia se regulan en la ley nacional de procedimientos administrativos.

¹⁵ DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, Tomo II, página 212.

¹⁶ GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Capítulo X-4.

¹⁷ La historia del Derecho Romano nos enseña la importancia del dictamen. Las respuestas de las cuestiones de derecho de los jurisconsultos que gozaban del *ius publicae respondendi*, dan origen a nuevas reglas jurídicas, gracias al emperador Augusto, quien concedió a los titulares de este derecho, la facultad de que sus dictámenes, sobre puntos de derecho, prevalecieran o tuvieran una autoridad superior a los expedidos por los jurisconsultos que no tenían este privilegio. El emperador Adriano había dispuesto que cuando hubiera

consultiva¹⁸, pues mediante ella se ilustra de manera anticipada al dictado de un acto administrativo¹⁹, con el respectivo juicio al

unanimidad sobre un punto entre los jurisconsultos que gozaban del *ius publicae respondendi*, el juez debía atenerse al dictamen de ellos; pero si había divergencia, podía seguir la opinión que juzgara más acertada. De acuerdo a la máxima romana, "*Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere*", lo cual significa que las respuestas de los hombres prudentes son las sentencias y opiniones de aquellos a los que está permitido redactar leyes; de acuerdo al catedrático Pablo FUENTESECA: "*Aquí Gayo aporta una explicación que más tarde repetirá Justiniano (Ist. 1,1,8) y ambos permiten afirmar: 1.- los responsa prudentium correspondían a aquellos a quienes se les había permitido la función de iura condere y por tanto realizaban una función de iuris conditores; 2.- si éstos están de acuerdo en una misma opinión común, el responsum obtiene una eficacia de lex (legis vicem obtinet) vinculante para los iudices, pero si aquellos disienten, el iudex podrá seguir la opinión que prefiera según consta en un rescripto de Adriano*", en FUENTESECA, Pablo, "La Eficacia Vinculante de los Responsa Prudentium Romanos", Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, Número 10, 2006, España, páginas 413/417, asimismo, se encuentra disponible una versión digital en la página web: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2453/AD-10-20.pdf?sequence=1>. Puede a su vez consultarse la obra de FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, Diccionario de Derecho Romano Editorial S.E.A., Buenos Aires, 1962, Buenos Aires, voces Respuestas de los Jurisconsultos y Jurisconsultos. *Jus Publicae Respondendi*. Ver también la voz Dictamen, en la enciclopedia jurídica Omeba, por el Dr. Arturo GALLARDO RUEDA.

¹⁸ En cuanto al dictamen ver el completo estudio de MURATORIO, Jorge I., "El Dictamen Jurídico en la Administración Pública Nacional", publicado en Revista de Derecho Administrativo, N° 41, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2002, páginas 535 y ss., asimismo, en dicha obra se efectúa un análisis relativo a la distinción entre los informes y dictámenes. En el Derecho comparado, alguna doctrina a la que no adherimos, ha considerado que efectuar una distinción entre las figuras del informe y el dictamen carece de auténtico interés, ver GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco y BLANCO DE TELLA, Luis, en la obra conjunta Organización y Procedimientos Administrativos, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1975, página 301; puede verse asimismo el enfoque de DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Sexta Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, páginas 311 y ss.

¹⁹ De manera genérica, cabe citar los trabajos de LUQUI, Juan Carlos, "El Dictamen Jurídico. Algunas Consideraciones Sobre su Forma, Contenido y Función", publicado en Revista Jurisprudencia Argentina 1954-IV, páginas 44 y ss., así como lo expuesto por TORRES, Ismael Fabián, "Administración Consultiva y Dictamen Jurídico, (Pautas para una Correcta Elaboración)", publicado en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Tomo XXVI, N° 304, Buenos Aires, 2004, páginas 83 y ss. Con distinto alcance, aunque haciendo alusión al dictamen como opinión jurídica, puede consultarse la obra de ATIENZA, Manuel, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, Primera Edición, Segunda Reimpresión, España, páginas 730 y ss., en donde, con cita de la obra de Manuel GONZÁLEZ MENESES denominada Cómo Hacer Dictámenes (Ensayo sobre la Formación del Jurista), Editorial Gredos, 2007, Madrid, España, se analiza al denominado dictamen "de escuela", entendido como aquel

órgano de la Administración activa con competencia decisoria en la materia de la que se trate. El resultado de dicha actividad se plasma en un dictamen, el cual consiste en un juicio fundado en una ciencia determinada²⁰, que emiten organismos técnicamente calificados a fin de colaborar en el encuadre y comprensión del asunto bajo análisis, para permitir así que el órgano de la Administración activa efectúe una decisión ajustada al ordenamiento jurídico, tendiendo a satisfacer de mejor manera los principios de justicia y legalidad²¹.

que consiste en un caso práctico inventado que se propone a los estudiantes o a quienes concurren a una oposición, con la finalidad de que muestren sus conocimientos teóricos y prácticos. Allí se describen las distintas fases en la elaboración de un dictamen, entre las que consideramos como las más importantes a la denominada "calificación jurídica", "identificación de alternativas", "argumentos a favor y en contra", "decisión" y "redacción del texto".

²⁰ Ver las consideraciones efectuadas por Pedro J.J. COVIELLO en el prólogo a la obra de GOROSTEGUI, Beltrán, *El Dictamen Jurídico Administrativo*, Editorial El Derecho, Colección Académica, Buenos Aires, 2010, páginas 15/21. Como bien ha dicho el doctrinario prologuista: *"El dictamen debe necesariamente exponer los hechos relevantes y no ser dogmático [...] El asesor en su dictamen no debe usar el potencial, sino decir lo que a su juicio corresponde hacer, y mediante una propuesta que sea clara, breve y concisa. Ver también LUQUI, Juan Carlos, Burocracia en Broma y en Serio, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, Estudio "Dictámenes y Asesores", "Método para la Preparación del Dictamen", páginas 252 y ss. Como sostuviera Jorge Luis POSIK: "El asesoramiento reclama envidia, lógica, espíritu crítico, prudencia, obrar conforme a la recta razón, sensibilidad para apreciar los intereses en juego y los factores humanos; las mutaciones producidas en el ámbito profesional y social, rigor en el pensamiento, el abrazo con el juicio fundado, pero todo ello siempre con la mirada dirigida a establecer lo que es justo. El jurista debe ajustarse a las circunstancias concretas y objetivas del caso, penetrando los resquicios ocultos, aprender el lenguaje de lo implícito, para pronunciarse con extrema claridad, no sobre abstracciones, aunque sean creativas y menos aún convertir el dictamen en una exposición predominantemente doctrinaria o académica, que pueda ensombrecer la apreciación de las circunstancias que satisfacen al juicio más justo y razonable."*, en POSIK, Jorge Luis, *La Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Su Función en el Ordenamiento Jurídico Institucional*, Editorial Scotti, Buenos Aires, 2007, página 53.

²¹ Como ha sostenido Juan Carlos LUQUI respecto de la función que cumple el asesor: *"No le es permitido defender otra cosa que la regular aplicación del derecho, ni tampoco pensar que por ser abogado de la Administración debe constituirse en enemigo del particular [...] En el propio beneficio del Estado es aconsejable el respeto por los intereses particulares legítimos, aunque sólo sea para evitar el riesgo de que los particulares afectados encuentren en la autoridad judicial el amparo que les negó la autoridad administrativa."*, LUQUI, Juan Carlos,

En cuanto a la estructura del dictamen, por lo general, salvo alguna excepción²², las normativas procedimentales no lo prevén, habiendo sido desarrolladas dichas facetas por parte de la doctrina, los manuales de estilo de los organismos asesores²³, así como por los usos y prácticas de cada organismo.

Como bien se ha dicho, el dictamen jurídico no libera de responsabilidad al funcionario que haya de emitir el acto administrativo²⁴, en cuanto a la decisión que ese acto implica

Burocracia en Broma y en Serio, páginas 246/247. Cabe destacar, en el orden nacional la función que cumple en esta materia la Procuración del Tesoro de la Nación, ver el estudio de CASSAGNE, Juan Carlos, "Función y Organización de los Asesores Jurídicos del Estado", Publicado en Revista El Derecho, Tomo 57, páginas 861 y ss., y en la provincia de Buenos Aires, respecto de la Asesoría General de Gobierno puede verse la obra de POSIK, Jorge Luis, La Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Su Función en el Ordenamiento Jurídico Institucional; asimismo, en relación a dicho órgano, ver su encuadre legal en los artículos 36 a 43 de la Ley de Ministerios de la provincia de Buenos Aires, Ley N° 14.989, donde se la caracteriza respondiendo a una estructura administrativa desconcentrada respecto del poder ejecutivo, la cual por su relación con la Secretaría Legal y Técnica podría desnaturalizar su independencia.

²² En tal sentido, puede consultarse el artículo 41 del Capítulo III "Dictámenes e Informes" de la Ley I N° 89 de la provincia de Misiones, conforme al cual: "*El dictamen o informe técnico será requerido cuando sea obligatorio en virtud de norma legal expresa o sea conveniente para resolver la cuestión planteada.*

Los dictámenes o informes contendrán:

- a) resumen de la cuestión objeto de la consulta;*
- b) relación de los antecedentes que sirvan como elementos de juicio para resolver;*
- c) opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables al caso consultado.*

Los dictámenes o informes se referirán concretamente a los antecedentes y circunstancias en que hayan sido requeridos."

²³ Así, y a título meramente enunciativo, se remite al Manual de Estilo de la Procuración del Tesoro de la Nación publicado en: <https://www.ptn.gob.ar/images/files/NUEVO%20MANUAL%20ESTILO.pdf>, así como al Manual del Dictamen Legal – Lineamientos Generales de la Asesoría General de Gobierno de Catamarca, al cual puede accederse mediante el acceso a la siguiente página web: <https://www.portal.catamarca.gob.ar/media/uploads/organismo/documentos/asesoria-general-de-gobierno-18/manualf.pdf>

²⁴ Ver MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, página 95/96. Sin perjuicio del razonamiento expuesto en el texto, el mismo debe ser matizado teniendo en cuenta, como ha considerado Carlos Rodolfo BARRA: "*... la medida de esa responsabilidad deberá ser valorada conforme con la incidencia que el dictamen ha debido tener, según su especificidad, sobre la voluntad del decisor.*", y aclara que al momento de interpretar responsabilidades, no se halla en la

a consecuencia del ejercicio de una competencia administrativa previamente atribuida, pero es principalmente en esa argumentación jurídica, en la que consiste el juicio que en el dictamen se expresa, el punto de apoyo o respaldo jurídico que aquella decisión vaya a tener²⁵, lo cual evidencia lo relevante de la actividad asesora, dadas las implicancias involucradas. Con el cumplimiento de dicho trámite esencial se satisface una garantía protectora de los derechos e intereses de los particulares y aseguradora del acierto de la decisión adoptada. De esta manera, al fundamentar adecuadamente la decisión se tiende a disminuir reproches y responsabilidades por el ejercicio de la actividad administrativa. Por ello, la teoría de la “subsana-ción”, propuesta como remedio a fin de sanear la omisión de dichos dictámenes (constituyendo, como fuera expuesto un trámite esencial dentro de las actuaciones), en conjunción con la muchas veces invocada teoría de la conservación de los actos

misma condición una persona física que no fuera abogado y que hubiera requerido un dictamen jurídico, ya que sería irrazonable e injusto “...pretender que el decisor asuma en tales condiciones cualquier tipo de responsabilidad, lo que no excluye, por supuesto, la invalidez del acto decisorio y la imputabilidad y responsabilidad de la persona jurídica a la que pertenece el decisor.”, en BARRA, Carlos Rodolfo, “Administración y Actividad Consultiva”, publicado en la obra colectiva Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, mayo de 2006, especialmente páginas. 550/551 y nota 87. En definitiva, debe realizarse una discriminación entre la responsabilidad del órgano emisor del acto, como una situación diferenciada de la responsabilidad del autor del dictamen, en tal caso la responsabilidad del emisor del dictamen: “...será mensurada de acuerdo con las reglas de su propia ciencia, que permitirán, por ejemplo, calificar al error como inexcusable o no.”, ob. cit., loc. cit. Cabe añadir las reflexiones de Juan Carlos LUQUI, quien expresara: “*Quien dictamina tiene una doble responsabilidad: primero, la de cuidar la regular aplicación de la norma jurídica, con lo que cuida la responsabilidad y reputación del funcionario llamado a decidir; la otra le es propia, está consagrada por el Código Penal (arts. 271 y 272). Por sobre estas responsabilidades está el buen nombre y reputación del asesor.*”, en LUQUI, Juan Carlos, Burocracia en Broma y en Serio, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, Estudio “Dictámenes y Asesores”, página 247.

²⁵ GOROSTEGUI, Beltrán, El Dictamen Jurídico Administrativo, Prólogo de Pedro J. J. COVIELLO, Editorial El Derecho, Colección Académica, Buenos Aires, 2010, en donde se expresa: “*La motivación del acto administrativo encuentra su fuente natural de fundamentos en la motivación del dictamen jurídico previo.*”, ob. cit., página 99; su relación con el elemento “causal” es destacada en el citado estudio de Rodolfo Carlos BARRA, “Administración y Actividad Consultiva”, publicado en la obra colectiva Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, páginas 533/535.

jurídicos, no debería ser receptada como principio²⁶, máxime cuando la motivación “aparecida” luego del dictado del acto puede responder a una construcción generada en realidad con posterioridad al mismo²⁷.

El cumplimiento de la evacuación de la consulta jurídica cuando ello es solicitado de manera facultativa o cuando resulte

²⁶ La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Duperial I.C. c. Nación Argentina”, publicada en Fallos 301: 953, aplicó la teoría de la subsanación en el marco de un recurso; la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa “Club Estudiantes de la Plata c/Municipalidad de la Plata s/Amparo”, causa B-64.413, sentencia del 4 de septiembre del año 2002, ha invalidado un acto de la Municipalidad de la ciudad de La Plata, con motivo de haberse emitido sin el dictamen jurídico previo, reputado esencial en la materia tratada, devolviendo las actuaciones administrativas a la accionada a fin de que observara los trámites y procedimientos esenciales para su adecuado tratamiento, ver el voto del Sr. Juez, Dr. Héctor NEGRI. Sobre la ausencia del dictamen jurídico, Tomás HUTCHINSON ha considerado: “El acto dictado sin haberse cumplido con el dictamen de la Asesoría es, en principio, nulo; sin embargo, podría ocurrir que ello no fuera así si el acto no aparece con vicio intrínseco alguno. Imaginemos, por ejemplo, un acto dictado en ejercicio de facultades regladas que se adecúa estrictamente a lo que establece la norma. La sanción de nulidad del acto sería una declaración de la nulidad por la nulidad misma.”, en HUTCHINSON, Tomás, Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, páginas 210/211. Por otra parte, se ha sostenido una crítica a la teoría de la subsanación, poniendo el acento en la importancia que revisten las formas en el Derecho público, las cuales trascienden el exclusivo interés de las partes, y atienden primordialmente a preservar el interés público, ver Julio R. COMADIRA con Laura MONTI (colaboradora) en Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada, Tomo I, ob. cit., páginas 320/321 en donde se cita el criterio de Fabián O. CANDA; a su vez, se remite a las consideraciones que se exponen al tratar el vicio de forma en la presente obra. Por otra parte, desde antaño la doctrina de la Procuración del Tesoro ha considerado que no procede declarar la nulidad de un acto por falta de dictamen previo si aquella omisión es subsanada posteriormente (ver Revista Dictámenes 191:140), y que los dictámenes posteriores purgan el vicio de la omisión del dictamen previo (ver Revista Dictámenes 144:148, 193:110 y 197:162, entre otros); todo ello siempre que la cuestión resuelta estuviera arreglada a derecho y, por lo tanto, la omisión formal resultara salvable; en el mismo sentido, consultar el Dictamen N° 62, emitido en el marco del Expediente N° 10.929/08 de fecha 25 de enero del año 2010; Dictamen N° 31, emitido en el marco del Expediente N° 43.809/08 de fecha 8 de octubre del año 2010 y Dictamen N° 407, emitido en el marco del Expediente N° S01-0130704/07 de fecha 28 de junio del año 2007.

²⁷ GORDILLO, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, ob. cit., Capítulo X-22, quien, en relación, y específicamente refiriéndose a la motivación, la cual guarda conexidad con esta materia, sostiene: “Si [...] se admite [...] la motivación ulterior ya se entra en el terreno de aceptar que se brinden explicaciones o excusas de lo ya hecho, no fundar por qué se lo hace. Allí entramos en el terreno de la fundamentación o motivación fabricada, ad hoc del acto ya dictado, lo que constituye un vicio de razonamiento en cualquier ciencia.”.

menester por haber sido preceptivamente ordenada por la normativa, junto con la actividad de contralor de la actividad administrativa (v. gr.: vista del órgano Fiscal de Estado²⁸ o informe de la Contaduría General en el ámbito de las provincias), cumplen una función colaborativa en la formación de la motivación o fundamentación del acto administrativo, y orientan respecto de la concordancia entre la actividad administrativa y la finalidad pública concreta que se persiga. Tan importante es esa intervención que, por ejemplo, el apartamiento por parte del órgano competente de la Administración activa respecto del juicio emitido en un dictamen sin explicitar las razones fundadas de ello, determinaría la nulidad del acto²⁹. Lo expuesto, no significa que la autoridad competente para decidir se halle obligada a compartir las razones y conclusiones expuestas en el dictamen, ni que el texto del mismo genere necesariamente derechos a favor de los particulares, no obstante obligar al órgano administrativo a fundar su decisión rebatiendo las razones y el juicio expresados por el órgano consultivo, dando fundamentos de peso a tales fines, enriqueciendo de esta manera la función

²⁸ TRIBIÑO, Carlos R. El Fiscal de Estado, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2001, Buenos Aires, especialmente Capítulo VI, páginas 99 y ss.

²⁹ En la provincia de Buenos Aires existe una línea jurisprudencial fijada por la Suprema Corte de la Provincia, en el sentido que el apartamiento respecto del dictamen jurídico, sin considerar los fundamentos del mismo ni las medidas en él propiciadas, conllevan la declaración de la nulidad del acto administrativo: "*Sin embargo, pese a lo señalado en el dictamen jurídico, al tiempo de dictar la resolución segregativa, la autoridad pública omitió lisa y llanamente considerarlo. Si ello es de por sí inválido, tanto más lo es cuando en el presente caso el servicio jurídico propiciaba la aplicación de una sanción distinta (y menos gravosa) que la aconsejada por la instrucción...*", en Causa B.57.387, caratulada "V., S. B. contra Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda Contencioso Administrativa", del 7 de septiembre del 2016, especialmente el voto del Sr. Juez, Dr. Daniel SORIA. En este orden, existe una doctrina judicial reiterada que reafirma la importancia de fundamentar jurídicamente cuando la autoridad administrativa con competencia decisora se aparta de los fundamentos del dictamen; entre otras B.63.367, B.62.523, B.64453, todas ellas, a la luz de lo prescripto en el inciso c) del artículo 108 del Decreto Ley N° 7647/70. En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, ver la obra de Carlos A. BOTASSI y Miguel H. OROZ, Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. Decreto -Ley 7647/70 y Ordenanza General 267/80, Segunda Edición Corregida, Actualizada y Ampliada, Librería Editora Platense, La Plata, 2011, parágrafo 239 "Apartamiento del Criterio Señalado en los Dictámenes y la Vista", páginas 291 y ss.

administrativa al demostrar de manera más explícita y acabada la satisfacción del principio de legalidad y juridicidad.

En el orden jurídico nacional, y a título meramente ejemplificativo, la recepción normativa del dictamen jurídico se consagra en el inciso d) del artículo 7° del Decreto Ley N° 19549/72, en el cual se establece: “(...) considérase [...] esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.”. Otra demostración de dicha intervención se manifiesta en las contiendas negativas y positivas de competencia, en las que, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 5° del citado Decreto Ley: “La decisión final de las cuestiones de competencia se tomará, en ambos casos, sin otra sustanciación que el dictamen del servicio jurídico correspondiente y, si fuere de absoluta necesidad, con el dictamen técnico que el caso requiera.”. Por su parte, la reglamentación de la normativa nacional, en su artículo 92, referido al recurso jerárquico, precisa que en su tramitación: “(...) se recabará obligatoriamente el dictamen del servicio jurídico permanente.”³⁰.

Consideramos que la interpretación del texto del inciso d) del artículo 7° del Decreto Ley N° 19549/72 debe ser realizada de manera inclusiva y promotora de la emisión de los dictámenes jurídicos, evitando toda interpretación restrictiva o reticente a su producción³¹, por lo que cabe observar críticamente dicha hermenéutica. Como expresa Ezequiel Cassagne: “...el dictamen jurídico debiera ser obligatorio y previo a todo

³⁰ La doctrina distingue, con apoyo en la normativa nacional, cuando se trata de dictámenes e informes de efectos probatorios, al respecto, ver GOROSTEGUI, Beltrán, El Dictamen Jurídico Administrativo, ob. cit., página 62 y ss. En tal sentido, el subinciso 2 del inciso f) del artículo 1° del Decreto Ley 19.549/72, establece que la Administración debe: “...requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva.”.

³¹ Confrontar con el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. c/Gobierno Nacional”, de fecha 30 de septiembre de 1976, publicado Fallos 311:2453, y en Revista El Derecho, Tomo 70, páginas 376 y ss., con nota de Juan Carlos CASSAGNE, “Inmutabilidad del Acto Administrativo Dictado con Prescendencia del Dictamen Jurídico en el Procedimiento Impositivo”.

acto administrativo, con independencia de si llegare a afectar derechos e intereses de los particulares, en la medida que la función consultiva en derecho [...] no sólo importa una garantía frente al administrado, sino que representa una garantía y control de la legitimidad administrativa.”³².

Por último, cabe destacar que en la doctrina y legislación se consagran distintos criterios clasificatorios respecto de los dictámenes jurídicos³³, de los que resulta: a) Facultativos o Voluntarios/Obligatorios o Preceptivos y; b) Vinculantes/No Vinculantes.

En relación al primer criterio clasificatorio, hay que señalar que cuando la norma establece la obligatoriedad de la producción del dictamen jurídico, convirtiéndolo en preceptivo, su incumplimiento constituye la omisión de un trámite esencial³⁴, deviniendo por ello nulo el acto administrativo dictado en consecuencia, no siendo ello convalidable a *posteriori*³⁵.

Con respecto a los dictámenes vinculantes, serían aquellos en los que la Administración activa está obligada a requerirlos y a aceptar sus conclusiones. De receptor la categoría es

³² Ver Ezequiel CASAGNE, “El Dictamen de los Servicios Jurídicos de la Administración”, publicado en Diario La Ley del día 15 de agosto de 2012, y Tomo 2012-D, páginas 1340 y ss. Pueden verse también las consideraciones expuestas en la excelente obra de GOROSTEGUI, Beltrán, El Dictamen Jurídico Administrativo, ob. cit., páginas 45/50, con respecto a la necesidad de tornar obligatorio al dictamen, incluso cuando pudiera comprometer a la hacienda pública sin afectar la esfera jurídica de los particulares; ver también FIORINI, Bartolomé, Derecho Administrativo, Tomo I, ob. cit., página 325.

³³ CANASI, José, Derecho Administrativo, Volumen I. Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972, páginas 283 y ss.; GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, ob. cit., Capítulo X-4/5; DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, ob. cit., páginas 316/318, DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Bibliográfica Omeba Argentina S.R.L., 1963, Buenos Aires, páginas 173/174; ALESSI, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, ob. cit., páginas 128/129.

³⁴ Puede verse el estudio de SANTOS, Alejandra Marcela, “Algunas Consideraciones Acerca del Dictamen Jurídico Posterior y de la Denominada <<Teoría de la Subsanción>>”, publicado en Diario El Derecho (EDA), del día viernes 31 de marzo del año 2017.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Tomo II, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1989, página 421.

forzoso reconocer que la misma pone en jaque al principio de distribución de competencias, porque implicaría una excepción a las reglas generales³⁶, y surge el interrogante referido a cuál voluntad prevalecerá: es decir, la del órgano decisor o la del consultivo. Se ha destacado el juicio de Bartolomé Fiorini e Ismael Mata, quienes han sostenido que en el caso de los dictámenes de las Comisiones de Preadjudicación, los mismos tienen carácter vinculante, y consecuentemente son impuestos al órgano administrativo³⁷. Evidentemente, se trata del ejercicio de una competencia predominantemente técnica por parte de esos órganos colegiados, pudiendo algunos incluso argumentar que en rigor lo que se produjo fue una traslación de la competencia decisoria a favor de dichos órganos. Sobre este aspecto, ha dicho Miguel Santiago Marienhoff: “Ningún dictamen de órganos consultivos puede tener semejante alcance; si la ley les atribuyese tales efectos, el dictamen dejará de tener carácter consultivo, debiéndose regir entonces por otras reglas. La esencia de tales dictámenes y la índole de las funciones de dichos órganos excluye aquellos efectos.”³⁸. Cabe añadir el

³⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, y Tomás Ramón FERNÁNDEZ han considerado esta categoría supone la existencia de una competencia compartida entre el órgano activo y el órgano consultivo, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Segunda Edición, Tomo II, ob. cit., loc. cit., ut supra.

³⁷ GOROSTEGUI, Beltrán, El Dictamen Jurídico Administrativo, ob. cit., páginas 54/55; José Antonio GARCÍA TREVIJANO, destacando los juicios de Cino VITTA y Enrique PRESUTTI, ha analizado la categoría de los dictámenes o informes vinculantes, señalando los criterios sostenidos por la doctrina, los cuales oscilan entre aquellos que conciben a dichos dictámenes o informes como verdaderas autorizaciones, de aquellos que entienden que dichos dictámenes o informes integran un acto complejo junto con la decisión final. A juicio de este autor: “... si la vinculación es absoluta, el órgano informante es coautor o cooperador necesario del acto final, y de aquí que su responsabilidad sea mayor que en los demás casos.”, ver GARCÍA TREVIJANO José Antonio, Los Actos Administrativos, página 321.

³⁸ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, ob. cit., páginas 96/97. En la doctrina también se distingue entre dictamen favorable y el vinculante; en tal sentido, Beltrán GOROSTEGUI adhiere al criterio que sostiene que los favorables son obstativos, en lugar de vinculantes, aunque en la práctica no parece claro que los efectos entre unos y otros difieran, en GOROSTEGUI, Beltrán, El Dictamen Jurídico Administrativo, ob. cit., página 55. En rigor, podría sostenerse que aquel dictamen favorable exigido por

criterio expuesto por Manuel María Diez, quien moduló el alcance del eventual carácter vinculante del dictamen, en el sentido que la Administración activa:

“ (...) solamente cabría aceptar que no se tomase una resolución contraria. Por ello, y si la consulta fuera en materia disciplinaria, el órgano de la Administración activa no podría aplicar una pena más grave que la que señalase el cuerpo consultivo, pero podría no aplicar ninguna pena o infligir una más suave.”³⁹

La opinión del maestro es plausible, no obstante lo cual no aparece tan clara la situación en aquellos casos en los que la opinión emitida en el dictamen no admite modulaciones, tal como ocurriría si mediante el mismo se determinara una aceptación o un rechazo, por ejemplo, de la aplicabilidad de una disposición normativa. En ese caso, el órgano decisor no podría modular su decisión ni en más ni en menos, con lo cual podría seguir argumentándose que se produjo una traslación en la competencia, o incluso afirmarse, como lo sostiene parte de la doctrina italiana y fuera oportunamente citado, que se trataría de un acto complejo.

la normativa jugaría como una condición suspensiva a los fines de la continuidad del trámite, más que como una autorización en sentido estricto. Como casos de dictámenes vinculantes previstos explícitamente en la normativa, cabe mencionar el artículo 39 de la ley 11.184 de la provincia de Buenos Aires, denominada “Ley de Reconversión de la Provincia de Buenos Aires”, determinó la creación de una Comisión Bicameral en el ámbito de la Legislatura Provincial, que tiene, entre sus competencias la de: “... c) *(Inciso DEROGADO por Ley 13810) emitir dictámenes vinculantes en las materias tratadas en los artículos 6º, 7º, 35, 36 y 37 de la presente ley; d) emitir dictamen vinculante en los casos de reformulaciones y/o rescisiones contractuales contempladas en el capítulo II de la ley 10.867, modificado por la ley 10.923; y e) emitir dictamen vinculante sobre la prórroga del plazo inicial de la emergencia, con treinta días hábiles administrativos de anticipación a su vencimiento.*”. Con respecto a los dictámenes médicos de juntas periciales, cabría considerar, por la fuerza obligatoria que ordinariamente se les reconoce, que los mismos no expresan un mero parecer o juicio, ya que generalmente se cuenta con variables objetivas y científicamente probadas o tasadas a fin de su emisión.

³⁹ DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo*, Segunda Edición, Tipográfica Editora Argentina, 1961, Buenos Aries, páginas 45/46.

Catalejo de la Conciliación Judicial¹

Spyglass of judicial conciliation

Luneta de conciliação judicial

Conciliation judiciaire, vue agrandie

C. Niurka Fournier Duharte² | Universidad de Oriente,
Cuba

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 167-194

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e218>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9708-6573>

Recibido: 17/11/2018

Aprobado: 01/12/2018

Resumen: La contradicción y el conflicto son categorías filosóficas que el Derecho Procesal, acoge como fundamentos para solucionar las demandas promovidas ante el órgano de la administración de justicia. Es pues, el que coloca la contradicción dentro de la administración de justicia, al convertirlo en litigio, por la acción dinámica de las pretensiones contrapuestas de las partes y los actos procesales del tribunal, hasta resolverlo mediante una sentencia. No obstante, llegado al grado que el litigio adquiera un clímax de estancamiento, las partes, al tomar conciencia del estado en que se encuentra y tener una percepción clara de lo que se quiere o no lograr, en cualquier momento, tratarán de intentar la posibilidad de disipar la contienda, con el fin de lograr un resultado satisfactorio, encargando la solución a terceras personas, por decisión de un

¹ El artículo forma parte de la Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, que defendiera la autora en el año 2013, titulada: La conciliación judicial en el procedimiento económico cubano, y con el cual obtuviera premio en el Concurso Nacional de la Sociedad Científica de Derecho Procesal de la Unión Nacional de Juristas en el propio año.

² Jueza profesional Titular de la sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba con 32 años de labor profesional. Vicepresidenta de la Sociedad Científica de Derecho Económico y Financiero de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y Profesora Auxiliar a Tiempo Parcial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente

Tribunal juzgador o el uso de métodos alternativos de solución de conflictos; la conciliación judicial es una alternativa para esta finalidad. Motiva la investigación, el análisis de la concepción teórica del tratamiento de la conciliación judicial, deteniendo el estudio en su naturaleza jurídica, formas de manifestación; la coexistencia de la autocomposición y heterocomposición, las ventajas y riesgos que asumen el tribunal y las partes al momento de su cumplimiento; hasta enrumbar la armonización de los intereses conflictuales, mediante la correcta aplicación de los principios generales del Derecho.

Palabras clave: Derecho procesal; administración de justicia; conciliación judicial.

Abstract: Contradiction and conflict are philosophical categories that the Procedural Law accepts as foundations to solve the demands promoted before the organ of the administration of justice. It is the one that places the contradiction within the administration of justice, turning it into litigation, by the dynamic action of the opposing claims of the parties and the procedural acts of the court, until it is resolved by means of a sentence. Nevertheless, when the litigation reaches a climax of stagnation, the parties, upon becoming aware of the state in which it is and having a clear perception of what they want or do not achieve, at any time, will try to try the possibility of dissipating the dispute, in order to achieve a satisfactory result, entrusting the solution to third parties, by decision of a court of law or the use of alternative methods of conflict resolution; judicial conciliation is an alternative for this purpose. It motivates the investigation, the analysis of the theoretical conception of the treatment of the judicial conciliation, stopping the study in its legal nature, forms of manifestation; the coexistence of the autocomposition and heterocomposition, the advantages and risks that assume the court and the parts at the moment of its fulfillment; until the harmonization of the conflicting interests begins, by means of the correct application of the general principles of the Law.

Keywords: Procedural law; administration of justice; judicial conciliation.

Resumo: A contradição e o conflito são categorias filosóficas que o Direito Processual acolhe como fundamentos para solucionar as demandas promovidas ante o órgão da administração da justiça. É, portanto, que coloca a contradição dentro da administração da justiça, transformando-o

em processos, pela ação dinâmica das reivindicações conflitantes das partes e do processo no tribunal, para resolvê-lo por meio de uma frase. No entanto, cheguei ao ponto em que a disputa adquirir um clímax de estagnação, as partes que estar ciente do estado que é e ter uma percepção clara do que é desejado ou não alcançado a qualquer momento, eles tentam tentar a possibilidade dissipar o concurso, a fim de alcançar um resultado satisfatório, cobrando a solução para outro, por decisão de um tribunal de julgamento ou o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos; A conciliação judicial é uma alternativa para esse fim. Motiva a investigação, a análise da concepção teórica do tratamento da conciliação judicial, interrompendo o estudo em sua natureza jurídica, formas de manifestação; a coexistência de auto-composição e hetero composição, as vantagens e riscos assumidos pelo tribunal e pelas partes no momento do cumprimento; até a harmonização de interesses conflitantes, através da correta aplicação dos princípios gerais do direito.

Palavras-chave: direito processual; administração da justiça; conciliação judicial

Résumé: La contradiction et le conflit sont des catégories philosophiques que le droit procédural reçoit comme base pour résoudre les revendications formulées devant l'organe d'administration de la justice. C'est donc celui qui place la contradiction au sein de l'administration de la justice, en la transformant en litige, par l'action dynamique des demandes opposées des parties et des actes de procédure du tribunal, jusqu'à ce qu'elle soit résolue par un jugement. Toutefois, si le litige atteint un point culminant de stagnation, les parties, conscientes de l'état dans lequel elles se trouvent et ont une perception claire de ce qu'elles veulent ou ne veulent pas réaliser, tenteront à tout moment de dissiper le concours. Afin de parvenir à un résultat satisfaisant en confiant la solution à des tiers, par décision d'un tribunal compétent ou par le recours à d'autres méthodes de résolution des conflits. La conciliation judiciaire est une alternative à cet effet. Motive l'investigation, l'analyse de la conception théorique du traitement de la conciliation judiciaire, en se concentrant dans l'étude de sa nature juridique, les formes de manifestation. La coexistence de l'autocomposition et de l'hétéro-composition est également analysée, ainsi que les avantages et les risques assumés par le tribunal et les parties lors de son exécution,

jusqu'à ce que celle-ci oriente l'harmonisation des intérêts en conflit, par l'application correcte des principes généraux du droit.

Mot-clés: Droit procédural; administration de la justice; conciliation judiciaire

I. Notas iniciales

La contradicción y el conflicto son categorías filosóficas que el Derecho Procesal, acoge como fundamentos para solucionar las demandas promovidas ante el órgano de la administración de justicia. Es pues, el que coloca la contradicción dentro de la administración de justicia, al convertirlo en litigio, por la acción dinámica de las pretensiones contrapuestas de las partes y los actos procesales del tribunal, hasta resolverlo mediante una sentencia.

No obstante, llegado al grado que el litigio adquiriera un clímax de estancamiento, las partes, al tomar conciencia del estado en que se encuentra y tener una percepción clara de lo que se quiere o no lograr, en cualquier momento, tratarán de intentar la posibilidad de disipar la contienda, con el fin de lograr un resultado satisfactorio, encargando la solución a terceras personas, por decisión de un Tribunal juzgador o el uso de métodos alternativos de solución de conflictos; la conciliación judicial es una alternativa para esta finalidad.

Motiva la investigación, el análisis de la concepción teórica del tratamiento de la conciliación judicial, deteniendo el estudio en su naturaleza jurídica, formas de manifestación; la coexistencia de la autocomposición y heterocomposición, las ventajas y riesgos que asumen el tribunal y las partes al momento de su cumplimiento; hasta enrumbar la armonización de los intereses conflictuales, mediante la correcta aplicación de los principios generales del Derecho.

II. De la conciliación judicial: definición, naturaleza jurídica y su manifestación dentro de los estados procesales

Aunque no es distinguido por la historiografía jurídica la regulación de la conciliación judicial, es oportuno tomar como referente de sus expresiones normativas más tempranas al Código de Ur- Namur, (2050 antes de Cristo), el cual contuvo normas de carácter adjetivas relativas a la conciliación,³ al *Codex Visigotorum*, Libro de los Jueces o Fuero Juzgo⁴ al consagrar el principio de que las partes no podían arreglarse luego que el pleito estaba a cargo del juez. Después de Nuestra Era se recuerda, la Ley de las XII Tablas, contentiva de normas de Derecho Procesal que instaban a concordar, antes de que se determinara la causa o el juicio⁵ y en el orden religioso el Nuevo Testamento, lo aconsejó.⁶

Siglos después, las Ordenanzas de Bilbao, tuvieron implícita la expresión jurídica de la conciliación al prohibirse la admisión de toda demanda por escrito, sin que ante todas las cosas el pretor y cónsules hiciesen parecer ante sí a las partes y procurasen atajar entre ellas el pleito, si buenamente pudiesen ser habidas.⁷

Entre los dos Guerras Mundiales acontecidas en la primera mitad del siglo XX, la generalidad de las disputas conocidas por

³ Vid. LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ: "Los primeros Códigos de la Humanidad", Ed. Tecnos, 2001, p. 127.

⁴ Esta fue una obra de Eurico y otros reyes visigodos aprobada por el VII Concilio de Toledo a la caída del imperio Romano, existe contradicción en el año de promulgación (entre los años 654 y 646).

⁵ La Ley de las XII Tablas expresa: " (...)7. En los términos en que se hizo la transacción por el camino, valga.8. Si no transigiesen, determínese la causa antes del medio día en el comisio o en el foro, oyendo a los litigantes. 9. Después de mediodía en el comisio o en el foro, sede la acción al que esté presente ".

⁶ Vid. La Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamentos, Ed. Sociedades Bíblicas Unidas, España, pp.879-885.

⁷ Ordenanzas de Bilbao. *Apud.* MANRESA y NAVARRO, José María y MIGUEL Ignacio: "Ley de Enjuiciamiento Civil Española del 13 de Mayo de 1856. Comentada y explicada", Ed. Legislación y Jurisprudencia, t.1, p.540-558.

la Corte Internacional fueron resueltas por la conciliación⁸ y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas tuvo como primer principio que, todos los seres humanos deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

La regulación jurídica de la conciliación fue extendiéndose por todos los países y tomó mayor fuerza en la segunda mitad del siglo XX, ante el vertiginoso desarrollo de la industria a nivel mundial y de las relaciones económicas y mercantiles que coexisten cada vez más en el mundo contemporáneo, modificando la forma habitual asumidas por los gremios de comerciantes para la solución de los conflictos contractuales,⁹ por otras más rápidas y factibles como la conciliación en los ordenamientos jurídicos procesales internos en cada país.

A nivel internacional, se recuerda para 1967 la aprobación de las Reglas de Conciliación del Centro Internacional para la solución de Disputas relativas a inversiones, al ofrecer servicios de resolución de conflictos comerciales a inversionistas extranjeros que tuvieran conflictos con gobiernos receptores, y en 1980 por la Resolución 35/52, Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional,¹⁰ reconoció valor como método de arreglo amistoso a las controversias que surgieran en el contexto de las relaciones comerciales internacionales, aceptable para países con distintos sistemas jurídicos, sociales y económicos, a fin de contribuir al desarrollo de las relaciones económicas internacionales.

⁸ Vid. CASTANEDO ABAY, Armando: *Mediación y conflicto comercial. El ABC para el abogado y el empresario de hoy*, publicado en el Libro "Arbitraje internacional y medios alternativos de solución y litigios. Retos y realidades", hace referencia sobre ello basándose en el dicho de Eric A. Schwartz al publicar el artículo *Conciliación Internacional y el ICC*, en el Coloquio internacional de San Francisco, California, Octubre 17 de 1994.

⁹ Se recuerda que las Cámaras de Comercio en sus primeros momentos fueron conformadas por gremios de comerciantes que tenían la función de resolver los conflictos contractuales en el sector privado y el empresarial.

¹⁰ La Resolución 35/52, Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional fue aprobada por la Asamblea General el 4/12/1980.

Ante los nuevos conflictos y las nuevas formas de vida de la sociedad moderna, resulta de interés señalar, el Proyecto de Florencia (1978) y el Coloquio de Pau (1982), en ambos, los procesalistas plantearon la necesidad de obtener fórmulas alternativas de justicia, mediante la conciliación entre las partes, en función de facilitar la posterior convivencia y las buenas relaciones.

Su expresión procesal en Cuba vio la luz en el siglo XXI con las diferentes normas reguladoras del procedimiento económico¹¹ hasta asumirse como institución en el Derecho Procesal Cubano, en la vigente Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.¹² Años después, ante la experiencia y los satisfactorios resultados que de la conciliación se obtuvo en la justicia económica, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular cubano (CGTSP), paulatinamente fue aprobando Instrucciones destinadas a los tribunales de la jurisdicción civil,¹³ en las cuales se establecieron mecanismos expeditos, tendientes a dotar de mayor flexibilidad, intercambio y oportunidad entre el tribunal y las partes, mediante la actividad conciliatoria, en los asuntos de naturaleza disponible. Su máxima expresión se encuentra hoy diseñada en la Instrucción 226 del 2013, al momento de la celebración de los actos judiciales, en los asuntos civiles, de familia, administrativa y económica.¹⁴

Al definir la conciliación judicial, en la generalidad de los académicos estudiados, no existe disparidad. Esa solución

¹¹ *Gaceta Oficial Extraordinaria* No.10, 16 de Agosto del 2001, Decreto Ley Número 223 del 2001, "De la jurisdicción y competencia de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares", pp.51-52. Artículo 1 apartado Séptimo.

¹² *Vid. Gaceta Oficial Extraordinaria* Número33, del 27 de septiembre del 2006. del Decreto Ley No. 241 del 2006, pp.327-328.

¹³ Nótense las Instrucciones Números 187 de 2000, la Instrucción No. 191 de 2009 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba (en lo adelante CGTSP), que autorizó la aplicación por los tribunales de la jurisdicción civil de las modificaciones que en determinados aspectos de la práctica judicial introdujo, esta se derogó por la Instrucción 216 del 2013.

¹⁴ *Gaceta Oficial Extraordinaria* Número 45, del 30 de diciembre de 2013p. 445: Instrucción No.226: Metodología para la celebración de actos judiciales civiles, de familia, administrativa y económica.

consensual, llamada por CAPPELETTI como “justicia coexistencial” y por VESCOVI “justicia conciliadora”, la conciben independientemente de la decisión de un tercero antes de que éste, dotado del poder de resolución, entre a hacerlo.¹⁵

MANRRESA y NAVARRO e IGNACIO MIGUEL, tratadistas españoles que comentaron la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1856, la consideraron “ (...) el acto legal de componer las partes ante el juez con el objeto de procurar la avenencia y transacción del pleito que la una de ellas trata de entablar contra la otra”.¹⁶

Para DE LA PLAZA la conciliación es obra de la exclusiva actividad de las partes, puede no responder a las exigencias de la justicia pura, pero sí reducir los gastos y dilaciones de un proceso; tiende a evitar la litis, de ahí que como medio de composición, unas veces (en vía preventiva) impide que se promueva, y otras pone fin al pleito ya iniciado y extingue, por tal manera el proceso.¹⁷

En GOZÁINI es la pacificación provocada por el activismo judicial en base a la audiencia y es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva.¹⁸ De igual modo, en HOET- LINARES, la conciliación es un intento de llegar a un entendimiento entre las partes que tienen un litigio, que signifique un acuerdo razonable y que excluya el conflicto y los contrayentes realicen recíprocas

¹⁵ Comentarios al respecto lo pueden consultar en: GELSI BIDART, Adolfo, TORELLO, Luís y VESCOVI, Enrique: Exposición de motivos del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Ibero América. Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1982, p. 161.

¹⁶ MARRESA y NAVARRO, José María y IGNACIO MIGUEL, D.: Ley de Enjuiciamiento Civil Española del 13 de Mayo de 1856 Comentada y explicada”, *Revista de la Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1856, t.1, p.540. COUTURE, Eduardo J.: Estudios de Derecho Procesal Civil”, Ed. Depairna, Buenos Aires, 1979, t.1, p.229. GUASP, Jaime: “ Derecho Procesal Civil”, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p.1234.

¹⁷ DE LA PLAZA, Manuel: “ Derecho Procesal Civil español”, 3era. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1951, Vol. I, p. 38.

¹⁸ GOZÁINI, Osvaldo Alfredo: Notas y Estudios sobre el proceso civil, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Méjico, 1994, p. 50.

concesiones;¹⁹ y similares definiciones, los recoge el Diccionario de Derecho Privado.²⁰

MONTERO cree que la conciliación debe colocarse en la zona extrema, con el fin del campo jurisdiccional. CARNELUTTI, en cambio, la sitúa en la confluencia de los dos tipos de resolución de litigios, la contractual y la propiamente judicial, ya que se acomoda a la forma de mediación dirigida a obtener una composición contractual y tiene a la vez, la sustancia de las decisiones judiciales en cuanto tiende a la resolución justa y equitativa de los litigios; y en MAYNORD el fundamento de la conciliación radica en el deseo de disminuir el litigio. El proceso dice, es muy mal, y vale más un mal arreglo, que un buen pleito.²¹

Las uruguayas CORTI ACOSTA y FACELLI NÚÑEZ, resumen la conciliación judicial, como una etapa importante en el proceso judicial ya que, con rango constitucional, se establece su obligatoriedad previa al juicio y luego reafirma su importancia en la esfera procesal donde el legislador ha previsto además una conciliación intra-procesal al ser una de las etapas que todos los jueces han de cumplir en la audiencia preliminar, aún antes de establecer el objeto del juicio.²²

¹⁹ HOET- LINARES, Franklin: La Mediación. Administración y Negociación de Justicia Alterna, 2da. Ed. LEGIS, Colombia, 2007, p.40.

²⁰ A decir; BELLEN conceptualiza la conciliación en el acto de comparecencia de los interesados ante el juez municipal con el propósito de obtener un acuerdo amistoso, evitando la iniciación del litigio que uno proyectare o que prosiga el apresuramiento producido. CHIOVENDA la encuentra, en la intervención de una persona pública (el juez de la conciliación), pero no para decidir la controversia, sino para intentar la conciliación requerida por una parte MATTIROLLO la supone necesariamente una contienda preexistente que es indispensable para el conflicto. No obstante, puede ocurrir que las partes se presenten ante el juez conciliador no para dirimir la contienda, estipular un convenio cuya eficacia quiere reconocer. En BONCENNE es solo una entrevista que la ley concede a las partes, con el fin de que puedan explicar sus respectivas pretensiones y terminar en un acuerdo. *Vid.* Diccionario de Derecho Privado, Ed. Labor, S.A., Barcelona, Madrid, 1950.p. 165.

²¹ *ibidem*.

²² *Vid.* CORTI ACOSTA, Graciela y FACELLI NÚÑEZ, María T.: *La experiencia uruguaya en materia de mediación y conciliación.*: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/vitrina.html> (Consulta: 1 de abril de 2018, 8.18am).

En Cuba, GONZÁLEZ ESCALONA y ARIAS MORENO la erigen imbricándose en el juez actuante las funciones propias de un agente conciliador frente a las partes litigantes²³ y COBO ROURA al definirla, se extiende hasta los fines que posee; pues valora que el tercero interviniente puede contribuir a ponderar las circunstancias del conflicto con mayor flexibilidad, a encontrar las pautas que puedan conducir a su solución, a promover la comprensión y el respeto mutuo entre las partes, a identificar sus intereses comunes y ventajas recíprocas, a generar opciones, y –como razón última- a asegurar la equidad como valor razonable a alcanzar en la distribución de derechos y obligaciones, de cargas y beneficios.²⁴

Es pues, la conciliación, dentro de lo judicial, la encargada de la aproximación de las partes que ante una determinada circunstancia, las relaciones tendieron a ser opuestas o generaron una situación de discordia, realizándose con la intervención activa del tribunal, el que, de conjunto con las partes, propondrá fórmulas propiciadoras de solución consensual, que permitan a los litigantes acatar los puntos de vista de una u otra, mediante el acuerdo de voluntades con equitativos compromisos, propiciando en el mejor de los casos el fin al litigio.

Al analizar la naturaleza jurídica de la conciliación judicial, se comprueba que COUTURE tiene el dilema de si es un acto del procesal, o se trata de un avenimiento entre partes donde puede haber renunciaciones bilaterales, en su caso, transacción propiamente dicha;²⁵ para GUASP, es un proceso tanto de cognición especial por razones jurídico procesales, al tener como fin eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, como de conocimiento, constituyendo un proceso particular al existir un reclamo

²³ Vid. GONZÁLEZ ESCALONA, Yeisy y ARIAS MORENO, Aylín Belén: "Una mirada al Arbitraje Interno en los organismos de la provincia Holguín. El acceso a *la Justicia*": (CD ROM) Memorias del VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2012, p.4.

²⁴ Vid. COBO ROURA, N., op.cit, p.122.

²⁵ Vid. COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, t.1, p.229.

jurisdiccional que provoca una auténtica intervención judicial que intenta la avenencia o el arreglo pacífico entre las partes.²⁶

MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER, opinan que la conciliación no es un proceso, sino un acto solícito, disponible para las partes.

GONZANÍNI,²⁷ ALONSO GARCÍA,²⁸ CAMA GODOY,²⁹ ÁLVAREZ DESANTI, ONFRAY, ORMAECHEA y LUZ CLARA;³⁰ concuerdan en que la conciliación las partes ceden cierto control a un tercero neutral que guía, participa, contrasta, delimita y equilibra los intereses contrapuestos con el objetivo de avenirlos hasta solucionar pacíficamente el problema a través de un acuerdo que elimine la posible contienda judicial.

En su caso, PIERO CALAMANDREI al ubicarla por razón del órgano donde se ejercita, tanto en los organismos públicos -que resuelven controversias entre particulares típico de administración pública del derecho privado que, sin reparo alguno, puede confiarse a órganos no judiciales como cuando la conciliación se encomienda a órganos judiciales-, como en órganos judiciales formando parte de la jurisdicción voluntaria.³¹

Estos criterios, circunscriben la naturaleza jurídica de la conciliación judicial en dependencia del momento de su convocatoria o desarrollo; voto a favor de extender el análisis

²⁶ GUASP, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 1234.

²⁷ Vid. GOZANÍNI, Osvaldo Alfredo: "Notas y estudios sobre el proceso civil", Ed. Universidad Nacional Autónoma, Méjico, 1994, pp. 43-63.

²⁸ Vid. ALONSO GARCÍA, Manuel: monografias.com/mediakit. 2000. (Consultado: 17 de marzo de 2018).

²⁹ Vid. CAMA GODOY, Henry: *La Conciliación como Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos*.: monografias.com/mediakit. 1997. (Consultado: 28 de septiembre de 2018, Hora: 3:00 pm).

³⁰ Vid. ÁLVAREZ DESANTI, Arnoldo; ONFRAY, Fernando; ORMAECHEA, Iván y LUZ CLARA, Bibiana Consultado en: monografias.com/mediakit. 1997. (Consulta: 17 de octubre de 2018 Hora: 3:32 pm).

³¹ PIERO, Calamandrei: "Instituciones de Derecho procesal civil", 2da. Ed. Italiana. Jurídicas Europa América, Argentina, 1962, Volumen I, p.198.

teniendo en cuenta el grado de intervención del tribunal y el lugar donde se efectúe:

- De realizarse antes o durante el transcurso del proceso, fuera de la sede judicial; es un método no adversarial de conflictos.
- Luego de la interposición, y ser el litigio de conocimiento y solución conciliada del tribunal, en sede judicial, se convierte en una actividad posible de desarrollar en cualquier estado procesal, pues independientemente de que contribuye a impulsar determinada situación procesal, hasta alcanzar los acuerdos que resultaren pertinentes; puede prescindirse de su aplicación si no se promueve.

Por tanto, la naturaleza de la conciliación durante el proceso judicial,³² hace que la conciliación se despliegue: como método no adversarial, como actividad procesal y como medio extraordinario de conclusión del litigio, distinción que de ella hace el Código Procesal Civil Modelo para Ibero América aprobado en 1988.

Como método no adversarial de solución de conflictos; ya anteriormente abordado, se suscita durante el transcurso del proceso por avenencia y decisión auto compositiva de las partes; también le es característico, el requisito de procedibilidad de la actividad conciliadora del tribunal anterior a la presentación de la demanda, pero se realiza en sede judicial y con la anuencia del tribunal; con la diferencia de que el juzgador en esa etapa es un desconocedor de lo que se demanda; su desempeño es avenir a las partes antes de la interposición de la litis.

³² Al no pretender dar un nuevo concepto del proceso judicial, compartimos la idea que de él hacen MORELLO y QUEVEDO, como: "Una serie sucesiva, gradual, concatenada de actos jurídicos realizados conforme al orden trazado por la ley, que han de cumplir el tribunal, las partes y terceros, en ejercicio de los poderes, derechos, facultades y cargos que les atribuye la ley procesal o en cumplimiento de los deberes y obligaciones que la misma les impone, tiene por objeto la actuación de la ley con relación a los hechos alegados y resultan probados, con el fin último de garantizar el mantenimiento del orden jurídico." *Vid.* MORELLO, Augusto M. y QUEVEDO MENDOZA, Efraín: *Proceso y Procedimiento, ciencia y técnica (Replanteos y nuevas perspectivas)*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1994, p.205.

Francia, en el año 1995 aprobó la Ley de Conciliación y Mediación Procesal, modificativa del artículo 131 del Código de Procedimiento Civil, regula la conciliación como proceso previo y obligatorio antes de iniciar el juicio, conserva la Corte la responsabilidad y el control con respecto a la controversia, sin transferir el poder de toma de decisiones al tercero, por lo que cualquier resultado se determina al tener en cuenta la voluntad y los intereses comerciales respectivos.³³

Por el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay de 1988, es requisito de preceptividad la conciliación previa con el futuro demandado debiéndose pedir antes de iniciar cualquier proceso y es presidida por el tribunal; en igual sentido, lo regula el Código de Procedimiento Boliviano.

Esta forma de manifestación se constituye como requisito de procedibilidad de la actividad conciliadora del tribunal anterior a la presentación de la demanda, pero se realiza en sede judicial y con la anuencia del tribunal; con la diferencia de que el juzgador en esa etapa es un desconocedor de lo que se demanda; su desempeño es avenir a las partes antes de la interposición de la litis.

Como actividad procesal, generalmente se realiza en cualquier estado del proceso, con especial énfasis en la audiencia preliminar. El magistrado GUIOTE ORDÓÑEZ concibe la audiencia preliminar³⁴ como la etapa procesal en la que habrán de depurarse todos los defectos y óbices impeditivos de una sentencia sobre el fondo del asunto, así como la preparación del juicio y la cobertura hacia una posible conciliación entre las partes.³⁵

³³ Vid. Regulación jurídica de la conciliación en los Códigos de procedimiento Comercial/ o Civil. <http://www.infoleg.gov.ar/busquedas/normas.tipo=Leyes.state.md.us/district/forms//dccc02brsp.html>. Consulta: 4 de mayo del 2018. Hora: 8:00am.

³⁴ La Audiencia Preliminar y/o Previa surge en los albores del siglo XIX, consolidándose a mediados del mismo en la normativa procesal de los continentes europeo y americano. La palabra audiencia proviene del latín "audientía", acto de oír las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión, a quienes exponen razones o pruebas que se ofrece a un interesado en juicio o expediente.

³⁵ Vid. GUIOTE ORDÓÑEZ, José Antonio: "Los procesos ordinarios en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en España", Ed. IBERIUS, España, 2004, p. 7.

Para ROLANDO ARAZI, la audiencia preliminar constituye la base de todo el sistema; pues además de volver a intentarse una conciliación, el juez deberá dictar todas las medidas necesarias para sanear el proceso y solucionar las cuestiones que impidan la decisión de mérito; también se fijará definitivamente el objeto del proceso y de la prueba, rechazando las que fuesen inadmisibles, innecesarias o inconducentes.³⁶

En la práctica judicial cubana, la Instrucción 226 del 2013 del CGTSP es concordante dicha percepción teórica; al amparo de las posibilidades que ofrecen la comparecencia encomendada en el artículo 42 y la audiencia preliminar, del artículo 771 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, en ambos se diseñan las finalidades de la convocatoria del acto judicial³⁷ encontrándose dentro ellas, la conciliación.

En vistas de ello, la Instrucción insta a que en caso de que la finalidad del acto sea la de conciliar, el tribunal fomentará el diálogo constructivo, no adversarial; escuchará a las partes, cuidará de crear un ambiente de confianza y seguridad, de manera que, a partir de la comunicación, se propicie el acercamiento de las posiciones, en principio opuestas y, cuando sea procedente dada la naturaleza del asunto, tratará de encaminar el debate hacia una solución que merezca la aceptación común de estas o que ofrezca el mayor beneficio a los intereses objeto de protección judicial, hasta la conveniencia de alcanzar un arreglo entre las partes.³⁸

Como un medio extraordinario de conclusión del proceso la conciliación judicial es reconocida en la doctrina por DE LA PLAZA y CASTAÑEDA SERRANO;³⁹ el acuerdo obtenido dará

³⁶ Vid. ARAZI, Rolando: "Las Ciencias Jurídicas y las nuevas tecnologías", Instituto de Informática Jurídica, Universidad del Salvador <http://www.salvador.edu.ar/arazi.htm>: (Consulta: 26 de abril del 2018, Hora:9:50am).

³⁷ A los efectos de la Metodología, se entiende por acto judicial aquellos que el tribunal realiza de forma oral.

³⁸ Ibid: *Gaceta Oficial Extraordinaria* Número 45, del 30 de diciembre de 2013p. 448.

³⁹ Vid. DE LA PLAZA, Manuel: *Derecho Procesal Civil español*, Revista de Derecho Privado, 3era. Ed, Vol 1, Madrid, 1951, pp. 38-84. CASTAÑEDA SERRANO, Cesar: *La Conciliación como*

por sentado el fin del litigio, dejará sin efecto cualquier sentencia dictada que no se encuentre firme. El Código Procesal Modelo para Ibero América, lo propugna y el Código Procesal Civil de Perú por Ley No. 26635 de 1996, es el único país de los estudiados, que de forma particular la regula como forma especial de culminación del litigio.

Así debería ser reconocida y tratada en la dogmática patria y dispositivamente, al tener los mismos requisitos y efectos jurídicos que otras formas procesales extintivas contenidas en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico⁴⁰, pudiendo ser resuelta con un pronunciamiento dispositivo de su incorporación dentro la reforma procesal que se avicina en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

III. Por la coexistencia de la conciliación fuera y dentro de sede judicial. Ventajas, riesgos y solución al dilema

Lo anteriormente valorado, conlleva para proponer y dilucidar los siguientes cuestionamientos:

forma especial de conclusión del proceso, Revista del Poder Judicial Número 60, Ed. Escuela Judicial de España, 2000. *Monografias.com/mediakit. 2000*. Consulta: 3 de octubre de 2010.

⁴⁰ Como medios extraordinarios de conclusión del proceso, el legislador cubano en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, además de la sentencia firme, reconoce al desistimiento y la transacción aprobada judicialmente. Para el desistimiento el artículo 651 inciso 1) de la Ley No. 7 del 19 de Agosto del 1977 regula como requisitos, que conste por escrito la declaración formulada por el demandante de no querer continuar el ejercicio de la acción, se le dé traslado a las demás partes por el término de cinco días a fin de que muestren su conformidad o no con él, y el Tribunal resolverá lo que corresponda sobre la continuación o no del proceso. Por sí solo producirá todos los efectos si se formula antes de la contestación de la demanda o de haber transcurrido el término para contestarla, sin que se hubiere efectuado. Como formalidades de la transacción judicial, la Ley de Procedimiento específica que: Si comprende todas las cuestiones debatidas, pondrá fin al proceso, si sale algunas, éste continuará hasta que se decidan ejecutoriamente las restantes. Se presentará por escrito solicitando su aprobación. Debe estar suscrita y presentada personalmente por todas las partes o por representante con poder especial para ese acto. El Tribunal dictará auto aprobando la transacción en los términos acordados y equivaldrá a la sentencia firme. *Vid.*: Ley No. 7 del 19 de Agosto del 1977. Art. 651 inciso 2., 652 p. 241, 242, Colección Jurídica. Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

¿Qué sucede cuando la conciliación se genera fuera de sede judicial o, cuándo se efectúa en sede judicial?

Primer supuesto en torno a la interrogante

Nacido el litigio y en cualquier estado del proceso antes de que concluya, las partes fuera de sede judicial, realizan acciones recíprocas, organizadas y razonadas, que en conducen a la solución conciliada del problema, y en el mejor de los casos, llegan al acuerdo por medio del accionar voluntario, libre, privado.⁴¹

Segundo supuesto en torno a la interrogante

En sede judicial, la conciliación se genera, bajo la tutela de la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, según se regule; tiene lugar durante la tramitación de la litis, con la participación pro activa del tribunal y las partes; con el objetivo de avenir las pretensiones discordantes en la controversia.

En el primer supuesto estamos en presencia de la auto-composición de la voluntad de las partes; la conciliación se manifiesta como método no adversarial de solución de conflictos. Pero advierte COBO ROURA que como forma auto compositiva, no puede ser un espejismo de la justicia;⁴² lo cual se aprueba, porque cuando la conciliación se produce por la voluntad auto compositiva de las partes, el tribunal se limita a velar su licitud; por demás, nada obsta que esté prevista en ley, ni se acometa su desempeño, ni se estimule a las partes a componer el litigio por ellas; de ser así se convierte en un sueño irrealizable para la justicia.

En el segundo supuesto, el motivo de que el acuerdo se realice por consentimiento y voluntad colegiada del tribunal y las partes, hace estar en presencia de la hetero composición

⁴¹ Vid. MAYO DE ÍNGARAMO, Celia A.: *Los medios alternativos de solución de conflictos en el proceso civil*, (CD ROM): *Memorias del V Encuentro Internacional Justicia y Derecho*, Tribunal Supremo Popular, La Habana, 2010, p. 2215.

⁴² Vid. COBO ROURA, N., *op.cit.*, p.124.

adjudicativa de la litis, el órgano judicial conoce los pormenores del acuerdo, decide junto con las partes el mismo, revelándose la conciliación, como un acto jurídico, con carácter intra procesal, de ahí que la autora tenga a bien llamarla conciliación judicial.

Es a partir de ese momento, donde interviene el tribunal; es ahí donde convergen la auto composición de la voluntad de las partes con la hetero composición adjudicativa de la litis; ambas contarán con la aprobación del tribunal; el cual velará que el acuerdo de conciliación esté conforme a la ley; todo lo cual determina la coexistencia de la conciliación fuera o en sede judicial.

Sin embargo, no podemos estar ajenos a las ventajas y riesgos que asume el tribunal cuando efectúa la conciliación dentro o fuera de sede judicial.

Entre las ventajas de la conciliación sede judicial; el uruguayo URIARTE AUDI, al defenderla explica, que al ser de carácter intra procesal, el conflicto está mucho más acotado y cada litigante sabe cuáles son las pruebas que se diligenciarán, con lo cual puede hacer una estimación más precisa del eventual resultado. Por otro lado, el juez ya tomó conocimiento del litigio, estudió el expediente y puede proponer formulas conciliatorias. Y el hecho que el magistrado sea quien resolverá el conflicto, en caso de no lograrse acuerdo, hace que las partes presten mayor atención a sus propuestas.⁴³

En Cuba la jueza PÉREZ RICARDO, considera que la presencia permanentemente de un juez, el cual toma conocimiento de la causa para poder aclarar el conflicto en que se basa la demanda y la contestación, buscará analizar los puntos controvertidos, para poder arribar a una fórmula conciliatoria que resulte equitativa para ambas partes.⁴⁴

⁴³ Vid. URIARTE AUDI, Gonzalo: La experiencia de 20 años de aplicación en el Uruguay. <http://www.servilex.com.pe/ Arbitraje/vitrina.html>. Consultado: 1 de abril de 2011, 4:55 pm).

⁴⁴ Vid. PÉREZ RICARDO, Yunaisi: " La conciliación en el proceso civil. Necesidad de su instrumentación," Tesis en opción al grado científico de Especialista en Derecho Civil (2008).

A dichas consideraciones, se suman como ventajas:

Para el tribunal actuante

1. Un mejor conocimiento y contacto directo con las partes;
2. Generar transparencia en su actuar;
3. Formar convicción; a medida que se produzca y desarrolle el debate;
4. Percibir en el rostro de los contendientes, gestos reacciones, comportamientos;
5. Facilitar, simplificar, disminuir o extinguir el litigio;
6. Controlar y conducir más eficazmente el proceso en la forma que estime más conveniente, con las circunstancias del litigio y los deseos de las partes;
7. Reprimir y ordenar al instante las irregularidades que se produzcan;
8. Precisar cualquiera de las prácticas de pruebas solicitadas;
9. Recibir información de hechos, que hasta el momento no habían sido declarados;
10. Individualizar las diferencias;
11. Colaborar en las propuestas de acuerdos, con equitativos intereses para las partes;
12. Ayudar a las partes a mantener o restablecer las relaciones comerciales;
13. Reducir el tiempo de tramitación de la litis;
14. De no alcanzarse el acuerdo, concretar el objeto de la litis y lo que contraponen;

Para las partes

1. Conocer los criterios del tribunal, que tiene a su cargo el asunto litigioso;
2. Expresar libremente sus argumentaciones a favor o en contra, con las propuestas de acuerdos;

3. Contribuir a equilibrar los derechos y deberes del tribunal;
4. Aceptar las soluciones, a las cuales llegan con la cooperación del tribunal;
5. Resultar menos costoso y demorado la solución de la litis;
6. Recuperar las relaciones existentes y la permanencia de futuras;
7. Ceder a la ejecución voluntaria del acuerdo.

Son también objeto de preocupación los riesgos que ocasiona la conciliación judicial. En su caso, en sede judicial se manifiesta ante:

• La conexión directa tribunal- partes

El siguiente ejemplo hipotético servirá de referencia para el análisis:

En la dinámica de la conciliación judicial, el juez analiza con las partes las posibles alternativas de acuerdo, en relación al pago de una deuda. La empresa demandante A está a favor de que le paguen la deuda en dos plazos y explica las causas por las cuales necesita que se haga en dicho término; mientras la empresa demandada B reconoce la deuda, pero persiste en que la situación de su entidad es más caótica, y por eso interesa efectuar el pago en cinco plazos. En su caso el juez, al percibir la situación económica que presentan ambas, les propone que el pago se efectúe en tres plazos.

Como resultado de ello puede suceder que: no haya acuerdo o éste es parcial. En ambos casos, se está ante el conocimiento pleno del juzgador sobre la litis, él participó en las etapas de la tramitación o en todos los actos procesales; sabe cómo va a juzgar. De igual forma, hace que el tribunal actuante sea objeto de examen; porque las partes en el desarrollo de la conciliación judicial percibieron la conducta y posición que éste asumió.

Hecho como este pudo ser el motivo de preocupación de LATORRE BOZA al no entender, cómo hará el juez para ser conciliador en un momento determinado, y despojarse de su

investidura de magistrado, cuando inclusive, como conciliador, tendrá que sujetarse a la responsabilidad disciplinaria.⁴⁵

Esta inquietud a CARNELUTTI le pareció oportuno resolverlo a través de órganos para-judiciales con cometidos afines al judicial o conexos con él, a los que están adscritos órganos especiales. Según su punto de vista, un ejemplo indudable de órgano especial para-judicial en que se piensa para realizar dicha función, es la conciliación; y reconoce que en el ordenamiento italiano el conciliador se halla, a la vez investido, aunque dentro de límites diversos, tanto con la función conciliadora como la jurisdiccional, de ahí que aparezca más bien un injerto de la función para judicial sobre el órgano judicial, que hay que tener en cuenta en una sistematización completa de los elementos del proceso, aún cuando no sea más que para diferenciarlos de los verdaderos órganos judiciales.⁴⁶

Mientras, en Uruguay, no es recusable la participación del juez en el inicio del litigio, luego en la audiencia de conciliación previa, o en cualquier otro acto conciliatorio; ni las manifestaciones que realizare en éste, pueden ser causa de pre juzgamiento. Al respecto, el profesor uruguayo GONZALO URIARTE, lo celebra, para él: *"(...) el juez ya tomó conocimiento del litigio, estudió el expediente y puede proponer formulas conciliatorias. Al mismo tiempo, el hecho que el magistrado sea quien resolverá el conflicto en caso de no lograrse acuerdo, hace que las partes presten mayor atención a sus propuestas. A efectos que el magistrado tenga libertad para proponer fórmulas de acuerdo, se estableció expresamente que su actividad respecto a este punto no constituye prejuzgamiento"*.⁴⁷

⁴⁵ LATORRE BOZA, Derik: *La conciliación extrajudicial y el poder judicial*: <http://www.ambito-jurídico.br/adj/dpc0002.html>. *Ámbito Jurídico-DPC0002*. (Consulta:1 de marzo del 2009, Hora:9:00am)

⁴⁶ CARNELUTI, Francisco: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Ed. UTEHA Hispaonamericana, Argentina, 1944, p.201.

⁴⁷ Vid. URIARTE AUDI, Gonzalo: "Audiencia preliminar: la experiencia de 20 años de aplicación en el Uruguay" <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/vitrina.html> (Consulta: 1 de abril de 2018, Hora:5:05pm).

GELSI BIDART, TORELLO y VESCOVI, también comparten la idea, al defender que el juez, como técnico en Derecho, es el mejor conciliador, es el mejor conocedor del alcance de las pretensiones; no obstante, reconocen la necesidad de dotarlo de alguna de las técnicas que le permita procurar la franca y leal colaboración, con vistas a la solución al conflicto.⁴⁸

• **Desconocimiento del tribunal de la litis que tiene ante sus manos**

El riesgo se da cuando la conciliación judicial se efectúa por un tribunal que no participó en la mayoría de las actuaciones, no realizó la audiencia preliminar, no practicó las pruebas, o no hizo la comparecencia; en resumen, el juzgador no está en condiciones de percibir los puntos de contactos y diferendos que durante la sustanciación del asunto pudieron en un momento dado haber obtenido las partes, por demás se presenta ante él la complejidad del asunto y de las partes.

En los justiciables, puede estar el temor respecto a la conducta que seguirá el tribunal, la conciliación que convoque y el resultado del litigio; lo que pudiera ocasionar que expresen su parecer con reservas.

Este riesgo no es impedimento en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala y el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, mas el Código General del Proceso del Uruguay y el Código Procesal Civil de Perú, tienen la particularidad de que en cualquier estado de la litis el juez procederá a la conciliación judicial a instancia de parte, y en el Código de Procedimiento Civil de Bolivia, es a instancia del actor.

Fuera de sede judicial los riesgos procesales se producen, debido a:

⁴⁸ GELSI BIDART, Adolfo; ORELLO, Luis y VESCOVI, Enrique: Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Exposición de Motivos. <http://www.ambito-juridico.br/adj/dpc0002.html>. Ámbito Jurídico-DPC0002. Consultado en el Centro de Información Científica del Tribunal Supremo Popular de Cuba, el 26 de Abril del 2010.

• La inercia o pereza y la rapidez

Al estudiar el Sistema de Derecho Procesal Civil, Carnelutti lo identifica como el estímulo y, recíprocamente el freno para la acción a cargo de las partes, de manera que las mismas al realizar la conciliación fuera de sede judicial, o se sienten estimuladas a actuar oportunamente y con cautela, creándose así un sistema de estímulos y de contra estímulos aptos para solicitar y para rectificar su acción; es decir, una parte la excita a actuar enseguida, con rapidez ; mientras la otra lo retiene, espera.⁴⁹

Ejemplo de lo anterior lo apreciamos en el proceso ordinario número 550 del 2012 de la sala de lo económico del Tribunal Provincial Popular de La Habana, en la audiencia preliminar ambas partes estuvieron conformes en realizar la conciliación fuera de sede judicial, vencido el término concedido por los jueces actuantes, no lo cumplieron, ante esto, la Sala convocó a comparecencia y en ella las partes presentaron escrito con los acuerdos arribados.⁵⁰

Otro ejemplo ilustrativo, pero de pereza. Al realizar la conciliación con rapidez, hace que las partes en ocasiones lleguen a acuerdo parcial, o no lleguen a acuerdo alguno, influye en eso que se aferren a sus posiciones, o al ver que la propuesta no se adecua a la pretensión de la contraparte, deciden no llegar a acuerdo para que sea el tribunal el que determine el litigio mediante decisión condenatoria.

• Menos posibilidad del juez en ser parcial

Al mismo tiempo puede constituir un riesgo y una ventaja. Para el tribunal, es una ventaja porque, al no participar en la conciliación, motiva la no predisposición con o una de las

⁴⁹ CARNELUTI, Francisco: Sistema de Derecho Procesal Civil, 2da parte, Ed. UTEHA Hispanoamericana, Argentina, 1944, p. 80.

⁵⁰ *Vid.* Auto número 384 del 19 de septiembre del 2012, Expediente número 550 del 2012 de la sala de lo económico del Tribunal Provincial Popular de La Habana

partes (como anteriormente se analizó ante la conexión directa tribunal-partes). Para las partes permite que no se sientan coaccionados ante la presencia del juzgador el cual advertirá y requerirá la conducta, actuación y el parecer al momento de determinar sus intereses y pretensiones.

Quizás, esta sea la posición asumida en algunos ordenamientos jurídicos como Francia, el Código de Procedimiento Civil, de sumisión del Tribunal de Comercio, donde autoriza al juez a designar a un tercero denominado “conciliador de justicia” diferente al que conoce el caso para que realice esfuerzos de arreglo de los intereses de las partes al margen del tribunal, lo que no obsta que las partes puedan acordar que la efectúe el propio tribunal que lo viene conociendo.

La misma tendencia tiene el Código de Procedimiento de Colombia, al contar con un Centro de Conciliación adscrito al Tribunal de Justicia para que las partes puedan resolver las diferencias surgidas entre ellas.

A la altura de la investigación, no se puede cerrar el análisis, sin encontrar una salida que logre equilibrar, tanto para el tribunal como para las partes, las ventajas y los riesgos de la conciliación judicial dentro o fuera de sede judicial. La experiencia acumulada de su ejercicio en la práctica judicial, hace encontrar la solución, en la acertada aplicación de los principios generales de derecho; al constituir fundamentos universales, que sirven de guías a cualquier rama jurídica para solucionar problemas cuando la ley calla o es necesario reforzarla en relación a un asunto particular.⁵¹

En el espectro del ordenamiento procesal, vale mencionar, delimitar y concatenar los principios generales de Derecho que aplicará el tribunal, a los efectos de lograr avenencia de partes mediante la conciliación, y garantizar seguridad jurídica al momento de su aplicación:

⁵¹ Vid. MARTÍN HERNÁNDEZ, Gerardo: Manual de Derecho Procesal Civil I, Ed. NICA, Managua, 2000, p.177. ESCOBAR FORNOS, Iván: “Introducción al proceso”, 2da. Ed. HISPAMER, Managua 1998, p. 494. PALLARES, Eduardo: Derecho Procesal Civil, p. 69.

- Autonomía de la voluntad de las partes, disposición, colaboración y flexibilidad: en el sentido de que el tribunal, advertido de la conveniencia de promover la comunicación entre las partes, constatará si están en disposición y voluntad de proceder a resolver los intereses y pretensiones contrapuestos mediante la conciliación judicial.

Las partes deberán prestarse la debida cooperación y responsabilidad, tanto en el desarrollo de la conciliación como en el cumplimiento voluntario del acuerdo y el tribunal corregirá todo acto contrario a la buena fe.

- Inmediación, contradicción e igualdad de las partes: a los efectos de que la sala de justicia, en la audiencia preliminar, la práctica de pruebas, la comparecencia o en cualquier otro estado del proceso; sea el mismo, que realice la conciliación judicial.

Al conciliar las partes tendrán las mismas oportunidades para alegar o refutar las propuestas conciliadoras que laceren sus pretensiones o den muestras de parcialidad o prejuicios. El tribunal cuidará porque prime el debido respeto y cordialidad; actuará con la debida diligencia; se abstendrá de proponer fórmulas conciliatorias favorecedoras de manera desigual a algunas de las partes y debe lograr que haya equidad en las obligaciones a las cuales las partes se comprometieron.

- Oralidad, Escritura y Confidencialidad: luego de escuchadas, analizadas las propuestas conciliatorias orales o escritas, el tribunal procederá a consignar en acta el acuerdo alcanzado y las obligaciones a las que se someterán las partes, advertidas de que sus declaraciones e informes, no podrán ser alegadas como medio probatorio en contra de la otra, ni por el tribunal.

- Imparcialidad, interés general y legalidad: para que el tribunal no comprometa su probidad, lo que mantendrá de continuar el litigio, por no haberse logrado acuerdo alguno o ser éste parcial. Para que sea garante de que el acuerdo

conciliatorio no esté contrario a Ley, no vaya contra del plan, el presupuesto y las finalidades del contrato económico, en cumplimiento de la satisfacción de las necesidades sociales del Estado. Por demás, el acuerdo tiene que ser real, límpido y viable de cumplimiento voluntario.

- Concentración, preclusión, economía procesal y celeridad: el tribunal precisará con las partes el objeto por el cual se convoca la conciliación, vigilará que se realice dentro del plazo dispuesto y sin interrupciones que faciliten dispersión, dilación y continuas e innecesarias notificaciones a las partes.

De no lograr el acuerdo o ser este parcial, se concretarán los aspectos controvertidos, los acordados y los latentes, y de oficio; procederá a la convocatoria del acto procesal correspondiente. Nada impide que se abrevien los plazos, se suspenda o continúe con posterioridad la conciliación, cuando lo amerite, por razón de la complejidad del litigio, de las partes y de las pretensiones.

Apelar a los principios generales de derecho y aplicarlos en la conciliación judicial fuera o dentro de sede judicial en su justa medida, son garantías de una impartición de justicia con eficacia, certeza y probidad.

IV. Nota final

El estudio doctrinal y de la regulación de la conciliación judicial en el procedimiento civil, de familia, administrativo y económico cubano, más la experiencia de su ejercicio en la práctica judicial, propiciará la viabilidad de la solución del litigio de forma armónica, reducirá el temor que por lo general posee el litigio, fortalecerán las relaciones de colaboración entre las partes, contribuiría a educar a los jueces, abogados y personas jurídicas y naturales, a la cultura del diálogo, el entendimiento, en aras de garantizar el bienestar individual y colectivo.

Dejo por sentada esta hipótesis, para abrir el camino a próximas consideraciones.

V. Bibliografía

Autores

- AA.VV.: La Santa Biblia. Antiguo y Nuevo Testamentos, Ed. Sociedades Bíblicas Unidas, España, 1992.
- ABEL LLUCH, XAVIER: "La Audiencia Previa: entre el deseo y la realidad ", Revista del Poder Judicial Número 69, Ed. Escuela Judicial, 2003.
- CASTAÑEDA SERRANO, CESAR: La Conciliación como forma especial de conclusión del proceso", Revista del Poder Judicial Número 60, Ed. Escuela Judicial de España, 2000.
- COBO ROURA, Narciso: "Temas de Derecho Económico", De cara al conflicto, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.
- CHIOVENDA, José: "Principios de Derecho Procesal Civil", Ed. REUS S.A., Madrid, 1922., t.1.
- DE LA PLAZA, MANUEL: Derecho Procesal Civil Español, Vol. I, 3era.Ed.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.
- ESCOBAR FORNOS, IVÁN: Introducción al proceso, 2da. Ed. HISPAMER, Managua, 1998.
- FAIREN GUILLEN, VICTOR: El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia, Ed. Bosch, Barcelona, 1950.
- FOURNIER DUHARTE, Niurka: La función conciliadora en la audiencia preliminar, Revista Jurídica Justicia y Derecho Número 13, La Habana, 2009.
- : La función conciliadora en la audiencia preliminar", Arbitraje Internacional y medios alternativos de solución de conflictos: retos y realidades", Ed. Artes Gráficas Buschi S.A, Argentina, 2010.
- : La conciliación judicial en el procedimiento económico cubano (2012).
- LARA PEINADO Y LARA GONZÁLEZ: "Los primeros Códigos de la Humanidad", Ed. Tecnos, 2001.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, GERARDO: Manual de Derecho Procesal Civil I, Ed. NICA, Managua, 2000.
- MATOS ALFARO, Juan: El proceso ante la jurisdicción de lo Económico, (CDROM) Memorias del IV Encuentro Internacional

Justicia y Derecho, Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, La Habana, 2008.

MENDOZA DÍAZ, Juan: El proceso económico. Retos y perspectivas, (CDROM) Memorias del II Congreso Nacional de Derecho Procesal, 2008.

PINO MARTÍNEZ, Yolanda y HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Alina: Las costas procesales. Comportamiento en la jurisdicción económica, (CDROM) Memorias del IV Encuentro Internacional Justicia y Derecho, Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, La Habana, 2012.

MORELLO, AUGUSTO M. y QUEVEDO MENDOZA, EFRAÍN: Proceso y Procedimiento, ciencia y técnica (Replanteos y nuevas perspectivas), Ed. Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 1994.

PÉREZ RICARDO, Y.: "La Conciliación. Necesidad de su instrumentación" (2008).

Legislaciones

- Constitución de la República de 1976.
- Ley Número 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, modificada por el Decreto Ley Número 241 del 26 de septiembre del 2006.
- Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica fue aprobado en 1988 aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en Montevideo en el año 1988.
- Código de Procedimiento Civil de Colombia, por Decretos Números 1400 y 2019 de (agosto 6 y Octubre 26) de 1970.
- Código de Procedimiento Civil de Ecuador, Codificación No. 000. RO/ Sup 687 de 18 de Mayo de 1987. Código de Procedimiento Civil de Chile modificaciones a este Código por Decreto N.º 1.107 del Ministerio de Justicia, que aprueba el texto del Código .Ley N.º 1.552.
- Ley de Procedimiento Civil de Perú, Ley No. 26635, publicada el 23 de junio de 1996.
- Ley de Conciliación y Mediación Procesal de Francia aprobada en el año 1995.

- Código Procesal Civil y Mercantil, de Guatemala, 14 del septiembre de 1963. con modificaciones por Decreto 107.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, Ley 17.454, por Decreto 1042/81 (Boletín Oficial del 27-8-81), entró a regir a partir de los 180 días después de publicada, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1387/01 (B.O. 02-11-2001) y por reforma de Ley 25488 (B.O, 22/11/2002.)
- Código General del Proceso de Uruguay, Ley 15.98218 de octubre de 1988.
- Código de Procedimiento Civil de Bolivia, de 2 de abril de 1976.
- Código de Procedimiento Civil de Colombia, por Decretos Números 1400 y 2019 de 1970 (agosto 6 y Octubre 26).
- Ley de Enjuiciamiento Civil de España, Ley 1 del 7 de enero del 2000.
- Instrucción Número 187 de 2000 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba.
- Instrucción No. 191 de 2009, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba.
- Instrucción No. 217 de 2013, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba.
- Instrucción 226 de 2013 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba.

La narrativa garciamarquiana como interpretación jurídica de la realidad

The Garciamarquian narrative as a legal interpretation of reality

A narrativa garciamarquiana como interpretação jurídica da realidade

Interprétation juridique de la réalité dans le récit de Garcia Marquez

Andrés Pérez Velasco¹ | Universidad Externado, Colombia

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 195-250

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e219>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2879-4311>

Recibido: 19/07/2018

Recibido con modificaciones: 28/09/2018

Aprobado: 01/11/2018

Resumen: El examen del maridaje entre derecho y literatura empezó hace un tiempo relativamente corto, circunstancia que no deja de ser notable, si se considera la pluralidad de ejemplos que demuestran que el vínculo entre ambas disciplinas es más que centenario. *Crónica de una muerte anunciada* y *El coronel no tiene quien le escriba*, narrativas de Gabriel García Márquez, constituyen notables ejemplos de la manera como el derecho se expresa en la literatura, la que a su vez propone una nueva lectura de este tipo de contenido y permite razonar de maneras novedosas el universo de lo que el hombre del común denomina, no sin cierta reticencia, *lo legal*. El estudio de estas dos expresiones de la narrativa garciamarquiana, entendidas como interpretaciones jurídicas de la realidad, constituye un campo fértil para precisar, por una parte el

¹ Abogado, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Máster en Estudios Avanzados en Literatura Española e Hispanoamericana. Estudiante del Programa de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires.

análisis de las lesiones que causan los derechos en suspenso en el tejido social; y por la otra, la degradación de la justicia cuando esta brilla por su ausencia en cualquier esquina del caribe latinoamericano.

Palabras clave: Gabriel García Márquez, *Crónica de una muerte anunciada*, *El coronel no tiene quien le escriba*, derecho, literatura.

Abstract: The examination of the marriage between law and literature began a relatively short time ago, a circumstance that does not cease to be remarkable if one considers the plurality of examples that demonstrate that the link between the two disciplines is more than a centenary. *Crónica de una muerte anunciada* y *El coronel no tiene quien le escriba*, narratives by Gabriel García Márquez, are notable examples of the way law is expressed in literature, which in turn proposes a new reading of this type of content and allows reasoning in new ways the universe of what the common man calls, not without a certain reluctance, the legal. The study of these two expressions of Garciamarquian narrative, understood as legal interpretations of reality, constitutes a fertile field for specifying, on the one hand, the analysis of the injuries caused by suspended rights in the social fabric; and on the other, the degradation of justice when it shines through its absence in any corner of the Latin American Caribbean.

Keywords: Chronicle of an announced death, The colonel has no one to write with, right, literature

Resumo: O exame da união entre direito e literatura iniciou-se há relativamente pouco tempo, circunstância ainda é notável, considerando a pluralidade de exemplos que mostram que o vínculo entre as duas disciplinas é mais que centenário. *Crônica de uma Morte Anunciada* e *Ninguém Escreve ao Coronel*, narrativas de Gabriel García Márquez, constituem exemplos notáveis de como o direito é expressa na literatura, que por sua vez propõe uma nova leitura deste tipo de conteúdo e permite raciocinar de maneiras inovadoras o universo do que o homem do comum denomina, não sem certa reticência, o legal. O estudo dessas duas expressões da narrativa garciamarquiana, entendidas como interpretações jurídicas da realidade, constituem um campo fértil para especificar, por um lado a análise de lesões que causam os direitos em suspenso no tecido social; e, por outro, a degradação da justiça quando está ausente em qualquer canto do Caribe latino-americano.

Palavras-chave: Gabriel García Márquez, Crônica de uma morte anunciada, Ninguém Escreve ao Coronel, direito, literatura.

Résumé: L'étude des relations entre le droit et la littérature a débuté il ya relativement peu de temps, ce qui est remarquable compte tenu de la pluralité des exemples qui montrent que le lien entre les deux disciplines est plus que centenaire. Chronique d'une mort annoncée et Pas de lettre pour le colonel les récits de Gabriel García Márquez, sont des exemples remarquables de la manière dont le droit est exprimé dans la littérature, qui propose à son tour une nouvelle lecture de ce type de contenu et permet de raisonner de manière nouvelle l'univers de ce que l'homme ordinaire appelle, non sans une certaine réticence, le légal. L'étude de ces deux expressions du récit de García Marquez, compris comme interprétations juridiques de la réalité, constitue un champ fertile pour préciser, d'une part, l'analyse des dommages qui font naître des droits en suspens dans le tissu social; et de l'autre, la dégradation de la justice lorsqu'elle est absente dans n'importe quel coin des Caraïbes latino-américaines.

Mot-clés: Gabriel García Márquez, Chronique d'une mort annoncée, Pas de lettre pour le colonel Droit, littérature.

Decir que la literatura no nos ofrece “resultados” ni “métodos” como los de las ciencias sociales no significa que no nos ofrece nada, o que lo que nos ofrece puede ser relegado a un aspecto trivial de la vida, como si se tratara de una forma de entretenimiento o un adorno, como si lo que ofreciera fuera una cuestión de “estilo” más que de “sustancia” o de “sentimiento” más que de “pensamiento”. Sería patético pensar que no tenemos nada que aprender de Sófocles o Shakespeare, por ejemplo, simplemente porque ellos no aportaron resultados o métodos que se puedan aplicar en el análisis de cuestiones jurídicas: equivaldría a eliminar todo lo que representa la alta cultura, tanto para nosotros como personas, como para nuestra profesión. Por otro lado, decir (como algunos podrían verse tentados a hacerlo) que tenemos “mucho que aprender de la literatura”,

pero “solo como personas, no como abogados”, implicaría una mirada igualmente triste del derecho y de nosotros mismos, porque lo que la frase sugiere es que lo que hacemos con nuestros pensamientos y nuestros sentimientos a lo largo del día es una mera técnica, que permanece indemne ante lo que pensamos, una técnica que no conmueve ningún aspecto significativo de nuestro ser. Desde esa perspectiva, ¿quién querría convertirse en abogado?

James Boyd White, 2015

Introducción

¡Te demandaré! es una de las expresiones más fuertes que, cuidando las formas, la lengua nos regala. Si se discurre sobre ella es una sentencia realmente terrible. Anuncia la imposibilidad del acuerdo, el inicio de la batalla, el fin del diálogo razonado y razonable, la última instancia antes de que la violencia física haga presencia con sus devastadores resultados. Paradójicamente también es la voz de la esperanza, el testimonio de fe que los ciudadanos depositan en que ese “algo” que se denomina “justicia”, aparecerá en medio del conflicto para orientar el desacuerdo hacia la armonía y el orden social.

En consecuencia, la ley existe porque existe la violencia, no de otra manera se explica su naturaleza. Afirma esta idea su afán por regular hasta el último de los rincones de la actividad humana, desde los más iluminados hasta los más oscuros. Cada vez que de la mano de parlamentos y gobernantes la ley encuentra el camino de su génesis, evidencia su abrumadora desconfianza en la capacidad de las pasiones humanas para moderarse, y su convicción de que para alcanzar concreción los procesos creativos requieren de alguna manera de la normalización que los protege e impulsa.

El derecho, que no es la ley, o mejor dicho que no es la regla restrictiva o permisiva pero que en todo caso es ordenador, es la capacidad de ejercer la posibilidad de ser y de hacer, de

crear y disentir y avanzar hacia la materialización de la realización personal y colectiva, aunque sea menester reconocer que, aún hoy, barruntar una definición sobre lo que comporta esta palabra es una obra en construcción y en ello la literatura ha aportado lo suyo: “Novalis, el romántico alemán que se propone poetizar, es decir, redimir poéticamente al Todo, escribe en uno de sus fragmentos: «Yo soy un hombre totalmente ilegal; no poseo el sentido ni la necesidad del derecho»” (Magris, 2008, p. 23), sin embargo, expresarse creativamente, en este caso con algo de anarquía, es factible gracias a ese otro “algo” que es este sustantivo de tan difícil definición:

El hombre no es una cosa, y por tanto no es algo que puede ser usado como mero instrumento, sino que tiene que ser tenido en todas sus acciones siempre como fin en sí mismo. El imperativo práctico es, por tanto, el siguiente: actúa de tal manera que nunca utilices la humanidad como mero instrumento ni en tu persona ni en la persona de los demás (Kant, 2002, p.166).

La cuestión que plantea Immanuel Kant (1724–1804) al preguntarse ¿qué es el derecho? ha sido preocupación permanente de la literatura. Acudir al desván de la memoria parece útil para documentar esta afirmación. En ella será fácil encontrar ejemplos que permiten ilustrar este inveterado interés. Ya en el año 442 a.C. *Antígona* proponía reflexionar sobre el acto injusto, el derecho violado y el castigo que deviene del mismo:

Tiresias: En fin, tienes que saber, pero que muy bien, que ya no pasarás muchas revoluciones consecutivas del sol sin que dentro de este breve plazo de tiempo no hayas permutado tú mismo a uno, fruto de tus propias entrañas, ya cadáver, en compensación de otros cadáveres, por cuanto, por un lado, has arrojado abajo a una persona propiedad de los dioses de arriba y has enterrado su vida indignamente dentro de un sepulcro, y, por otro, mantienes aquí, por el contrario, un cadáver propiedad de los dioses de abajo, expoliado en sus derechos, exento de honras fúnebres, execrado. Dioses infernales sobre los que ni tú ni los dioses de arriba tenéis competencia y, sin embargo, sufren

por ti este acto de fuerza. Reprobadoras de ello, te acechan dispuestas a destruirte en cualquier momento las Venganzas de Hades y de los dioses, para que seas apresado en las redes de estas mismas afrentas (Sófocles, 2014, p.24).

La obra de Sófocles no solo es ontológica en lo que al derecho se refiere, y por ello es de cierta manera fundante a la hora de estudiar la relación entre lo jurídico y lo literario, además, abarca otros problemas de tipo legal como, por ejemplo, si las potestades temporales se deben subordinar o no a los poderes celestiales, asunto que ha ocupado a los teóricos del derecho por espacio de algo más de diecisiete siglos. Es, a no dudarlo, una reflexión de la tensión entre culpa e inocencia, entre permisión y castigo.

Si se repara sobre lo expresado, evidente resulta que la literatura generosamente le abrió de tiempo atrás sus contenidos al derecho, para que este hiciera uso de ellos y encontrara dónde aposentarse con tranquilidad. Paradójicamente la teoría jurídica no se comportó de la misma manera. Solo hasta las últimas décadas del siglo XX inició la reflexión, aún en proceso de concreción, sobre cómo el derecho se expresa en la literatura y cómo a partir de esta es posible enriquecer el diálogo legal. El juez, basado en el clásico *Da mihi factum, dabo tibi ius*², ejerce desde hace siglos el poder normalizador que reviste su autoridad con el propósito de hacer cumplir sus decisiones. Es claro que sus facultades provienen de los límites que el derecho le impone, para actuar de la forma en la que se espera que lo haga y en ello la creatividad y la flexibilidad parecen proscritas.

¿Cómo se nutre entonces el derecho de la narrativa si sus naturalezas, sus causas y sus fines son diferentes? Tan distantes resultan que el primero trata de racionalizar la conducta de los individuos para alcanzar la armonía social, mientras que la narrativa “es una búsqueda verbal de lo que espera ser escrito” (Fuentes, 1993, p. 36), reparando en solo una de las múltiples

² Aforismo latino propio del derecho civil romano que traducido al español significa: “Dame los hechos y yo te daré el derecho”.

definiciones que a este concepto se pueden arrimar. A pesar de las diferencias no estamos ante conceptos antitéticos, por el contrario, se trata de disciplinas simbióticas que “sacan provecho de la vida en común” (RAE, 2011).

¿Por qué, entonces, oponer las humanidades a las ciencias, como si éstas fuesen menos humanas que aquéllas, y como si no fuesen precisamente las ciencias las que alcanzan el conocimiento más profundo y adecuado del hombre? Dígase más bien que las ciencias y las llamadas humanidades no son antagónicas sino complementarias, aun reconociendo que en la época contemporánea el centro de la cultura se desplaza de las humanidades a las ciencias (Bunge, 1960, p. 68).

A partir de la complementariedad pregonada por Bunge, válido es pensar que derecho y literatura son pares naturalmente hermanados por el lenguaje. En ese sentido Diego Valadés recuerda que “como fenómeno cultural, el derecho es tan estable o tan dinámico como el lenguaje a través del cual se expresa” (Narváez, 2017, p. 24). A la par, Carlos Fuentes destaca que “la novela ni muestra ni demuestra al mundo. Crea complementos verbales al mundo” (Fuentes, 1993, p. 22), en este caso, al mundo de *lo legal*.

Si consideramos la posibilidad de que a pesar del rigor propuesto por el derecho, dada su función en la sociedad puede ser complementado por una disciplina como la literatura, que es abrevadero permanente de *novedad*, incluso en el sentido literal del sustantivo, podremos decir que contamos con un instrumento realmente importante y por demás potente para darle una segunda lectura al ámbito en el que se desarrolla la juridicidad y, a partir de ello entenderlo y aplicarlo de maneras diferentes, y por lo que podríamos aventurar, insospechadas.

El papel de la narrativa en la construcción del entramado legal adquiere una especial relevancia, pues en sus decisiones el juez no solo escribe para las partes interesadas, en realidad lo hace para el conjunto de la sociedad. Las ficciones, en consideración a esa finalidad, se convierten en instrumento sustantivo de

la argumentación jurídica dado que facilitan las posibilidades del operador judicial de explicar el porqué de sus sentencias. De la fortaleza de la argumentación jurídica se deriva la convicción social de que, encarnado en una decisión, el derecho es la expresión escrita de “la justicia” y, valga el énfasis, no aquella que se considera como ideal sino la que resulta ejercida en el plano estrictamente material. En consecuencia, el derecho “no puede estar exento de una corriente revitalizadora que lo resignifica como disciplina humana” (Narváez, 2017, p. 21) y ello se lo otorga generosamente la literatura.

Explicada la intersección entre derecho y literatura, se hace menester reparar en la narrativa, entendida de modo general como interpretación jurídica de la realidad. En ella la creatividad se mezcla y confunde con la ideología, con la posición política o con la mirada crítica que de la sociedad o de sus normas tiene quien la produce. Esa amalgama de posiciones y posibilidades es la que se refleja en mayor o menor medida en la composición escrita. Y a ese *ello* corresponde la influencia que impulsa la actividad del jurista cuando construye el discurso con el que desde la técnica legal persuade a la sociedad de que legítimamente encontrará en las decisiones judiciales la respuesta a su pedido de justicia.

La norma jurídica no es pura en el sentido *kelseniano*³ de la cuestión, su aplicación obedece a momentos sociales y políticos concretos, a coyunturas culturales, a conflictos o a consensos que determinan, a lo menos en parte, su necesaria adscripción a la sociedad. Más aún, en un mismo ordenamiento la misma norma puede ser operada de manera distinta por jueces que se

³ Se hace referencia a la *Teoría Pura del Derecho*, obra de Hans Kelsen en la que se sitúa la siguiente cuestión en palabras de García y De Fazio:

La pureza en la doctrina kelseniana se relaciona con la tesis de la independencia que, de un lado, significa la separación entre el ser y el deber ser, en virtud de la cual no es posible justificar enunciados normativos mediante enunciados empíricos y, de otro, exige que la justificación de los enunciados normativos se refiera únicamente a otros enunciados normativos. El derecho en la teoría pura es un orden normativo, porque lo concibe desde el deber ser objetivo que comportan las normas que lo integran. Una norma es lo que “debe ser”, es decir, lo que se espera que oriente una determinada conducta (García & De Fazio, 2015).

formaron en los mismos años en las mismas aulas y a quienes solo separa la pared que distingue la sala de decisión. De la manera en la que cada juzgador interpreta el querer normativo del legislador es posible que se colijan las influencias que pesan en su formación como humanista, más que de aquellas que devienen de su vocación de jurista. Es en este punto en el que las distintas expresiones narrativas juegan un papel fundamental en la construcción del diálogo con la sociedad que nace desde lo judicial.

Mario Vargas Llosa sostiene en *García Márquez: historia de un deicidio* (1971) que “un escritor no elige sus temas, los temas lo eligen a él” (p. 95). De ser así, al escritor colombiano lo escogió la violencia y las diversas formas en las que la justicia se expresa en su Caribe natal: aquella que se ejerce por mano propia y otra más que cabalga sin llegar y que deja frustrados a sus eternos esperadores. En términos del Nobel peruano, en un acto de rebeldía García Márquez toma la decisión deliberada de ‘asesinar la realidad’, y al hacerlo crea un universo en el que lo mágico se acerca a lo jurídico y se vincula de una manera tal que termina por confundirse en sus relatos, las más de las veces, como el testimonio de que la ficción suele ser superada por la veracidad.

Crónica de una muerte anunciada y *El coronel no tiene quien le escriba*, narrativas breves de Gabriel García Márquez, constituyen ejemplos notables de la manera como el derecho se expresa en la literatura, la que a su vez propone la relectura de este tipo de contenido, al permitir entender de maneras novedosas el universo de lo que el hombre del común denomina, no sin cierta reticencia, *lo legal*.

El estudio de estas dos expresiones de la narrativa garciamarquiana, entendidas como interpretaciones jurídicas de la realidad, se constituye en consecuencia en un campo fértil para concretar, de una parte, el examen de las lesiones que causan en el tejido social los derechos en suspenso, perdidos en el laberinto indescifrable de trámites burocráticos, que a la par se convierten en el último campo de batalla del *coronel* sin nombre

que libra una guerra sin cuartel contra el hambre y la desesperación en un pueblo perdido. Y, de la otra, la degradación de la justicia cuando esta brilla por su ausencia en cualquier esquina del Caribe latinoamericano.

Objetivo general

Establecer la relación que existe entre la narrativa garciamarquiana en *El coronel no tiene quien le escriba* y *Crónica de una muerte anunciada* y la manera en que desde el punto de vista jurídico dichas obras interpretan la realidad. A partir de la identificación de dicha relación será posible establecer la influencia de estas novelas en el proceso de construcción del entramado constitucional que las sucedió cronológicamente.

Objetivos específicos

1. Identificar los elementos típicamente legales de carácter constitucional presentes en la narrativa garciamarquiana objeto de análisis.

2. Analizar el discurso jurídico propuesto por García Márquez en *Crónica de una muerte anunciada* y *El coronel no tiene quien le escriba* mediante una lectura cruzada con la regulación constitucional aplicable al momento en que dichas novelas fueron escritas, a efectos de precisar la influencia del estado de cosas normativo en el proceso de concreción de dichas obras.

3. Establecer la influencia de las obras de García Márquez en la construcción de la argumentación jurídica posterior a la publicación de *Crónica de una muerte anunciada* y *El coronel no tiene quien le escriba*.

1. Metodología

Para el desarrollo de este documento se realizó una lectura cruzada de *Crónica de una muerte anunciada* y *El coronel no*

tiene quien le escriba, para identificar en dichas narrativas los problemas de tipo constitucional propuestos por el autor.

A partir de dicha identificación se estableció el correlato entre el contexto jurídico constitucional colombiano en el que fueron escritas las obras y el que sobrevino con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991 (hoy vigente), en el propósito de establecer el impacto de dichas obras en la argumentación jurídica de carácter fundamental que las sucedió.

A este efecto se acudió a la lectura del texto fundamental y a la revisión de las sentencias de la Corte Constitucional en el periodo 1991 y 2017, con el propósito de establecer si las obras objeto de estudio fueron o no tenidas en cuenta por dicho órgano como parte del recurso argumental para la construcción de sus providencias, en la intención de establecer el impacto que la narrativa garciamarquiana ha tenido en el desarrollo del discurso jurisdiccional en Colombia.

2. La relación entre el derecho y la literatura: estado de la cuestión

El derecho de tradición latina se expresa esencialmente por escrito. Es una forma de narrativa que acude a distintos recursos para decir aquello que sirva al propósito perseguido en cada situación.

¿Qué es una demanda sino una narrativa, que sustentada en argumentos de tipo legal permitirá al lector-juez decidir quién tiene el derecho en una determinada cuestión?

¿Qué es la ley, literariamente hablando, sino la expresión de un supuesto de hecho que en ciertas circunstancias comporta una consecuencia previamente determinada para su cumplimiento o inobservancia?

En consecuencia, la juridicidad es una forma del lenguaje, no solo desde el punto de vista técnico también desde lo discursivo-argumental. En este último aspecto la construcción de su narrativa conserva mayores flexibilidades, sin que ello proscriba

la posibilidad de reconocer que aun en lo estrictamente técnico el derecho se reserva licencias con cierta dosis de elementos narratológicos e incluso poéticos, tal y como se aprecia en los códigos civiles europeos y latinoamericanos de los siglos XVIII y XIX.

A efectos de demostrar esta afirmación, valga la pena apreciar el relato que es posible construir a partir de un aparte del *Código Civil* colombiano *Las vicisitudes del animal bravío*.

Código Civil colombiano. *Artículo 687. Animales bravíos, domésticos y domesticados.* Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas, y domesticados los que, sin embargo de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen en cierto modo el imperio del hombre.

Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos.

Código Civil colombiano. *Artículo 693. Ocupación de animal bravío.* Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar, y mientras persiste en perseguirlo, o desde el momento que el animal ha caído en sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar.

Si el animal herido entra en tierras ajenas donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, podrá este hacerlo suyo.

Código Civil colombiano. *Artículo 694. Persecución de animal bravío por otro cazador o pescador.* No es lícito a un cazador o pescador perseguir al animal bravío, que ya es perseguido por otro cazador o pescador; si lo hiciere sin su consentimiento, y se apoderare del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo.

El reconocimiento del valor literario inmerso en el texto legal no es menor, ni ha pasado desapercibido a lo largo de la historia de la literatura. Stendhal (1783–1842) en carta enviada a Balzac (1799–1850) en 1840 al comentar sus avances en la redacción de su novela *La Chartreuse* le decía: “para tomar el tono, cada mañana, yo leía dos o tres páginas del *Código Civil*, a fin de ser siempre natural” (Narváez, 2017, pp. 22-23).

Sin embargo, por ahora no resulta de nuestro interés estudiar el *derecho como literatura*, campo que de por sí abre enormes posibilidades, sino dedicarnos a la investigación del *derecho en la literatura* en la medida en que permite explorar nuevas maneras de acercarse al universo jurídico y facilitar el diálogo de este con los colectivos sociales cuyas relaciones pretende regular.

Así las cosas, sea menester señalar que a partir de la década del ochenta el *Movimiento de Derecho y Literatura* se instaló en el ámbito académico, principalmente en las universidades de habla inglesa, como una corriente de la teoría crítica del derecho en la que se promueve de manera general la idea de que es necesario hacer una lectura de la narrativa jurídica en sus distintos niveles, orientada a trascender el dogmatismo impuesto por el positivismo o por la interpretación analítica de los textos legales (Roggero, 2015, p. 11).

Sin embargo, en Hispanoamérica la reflexión se encuentra en proceso de concreción. Los textos orientados a estudiar el impacto de la literatura en el mundo del derecho son escasos, aunque curiosamente la narrativa está presente en las facultades de derecho desde su génesis. A manera de ejemplo, valga recordar que desde su publicación *El proceso*, para solo hacer referencia a lo que concierne al siglo XX, ha sido una obra de lectura obligada para quienes se forman como juristas, no por la condición de doctor en leyes de Franz Kafka, su autor, quien de hecho nunca fue un teórico de la ciencia jurídica en el sentido formal de la expresión, sino por la forma en la que narra la desesperación de quien se encuentra indefenso ante el poder abrumador del aparato judicial.

Cada vez que un juez advierte la necesidad de ilustrar la vulnerabilidad del individuo respecto a la silente pesadez del aparato estatal, acude a Kafka en términos como los que a continuación se presentan:

Es conveniente advertir también que el sentido y alcance de la ley debe asumirlo el intérprete y el ejecutor buscando su genuino cumplimiento, antes que prefabricando mecanismos de elusión o entramamiento, pues además no estaría bien continuar contemporizando con ese proceder inserto en la historia que narra Kafka sobre el hombre que llega ante el guardián de la ley con el fin de ser admitido, pero que por culminante respuesta sólo recibe una puerta que se cierra (Consejo de Estado, 1998, p. 7).

Sin duda el apartado en cita es a todas luces pertinente, sin embargo, el reconocimiento que hace no impide reparar en que la tendencia natural del juez hispanoamericano es la de acudir a narrativas lejanas en tiempo y lugar, lo que si bien no le resta valor a su discurso desde la perspectiva de la lógica argumental, sí genera a lo menos duda acerca de ¿por qué acudir a Kafka y no a García Márquez, a Vargas Llosa, a Cortázar o a Borges para ilustrar la misma cuestión? ¿Acaso el coronel, que cada viernes espera la carta que nunca llega, en la que por fin se reconocerá el derecho que reclama, no es más cercano en sus fatigas al ciudadano de a pie de cualquiera de las geografías de herencia latina que las que padeció Josef K? ¿No es para él la misma culminante respuesta de la puerta que se cierra?

La respuesta es sí, indiscutiblemente sí. Sin embargo, la argumentación jurídica en estas latitudes aún no se edifica a partir de su propia narrativa, en la que la emocionalidad juega un papel determinante.

Adam Smith (1723–1790) sostiene que no resulta defensible la idea de que la racionalidad, estrictamente considerada, fuera ajena a la emocionalidad. En *La teoría de los sentimientos morales* indica:

Las emociones apropiadas, es decir, las que son puramente racionales, son útiles para mostrarnos lo que podríamos hacer, y además poseen su propio valor moral, como reconocimiento del carácter de la situación que enfrentamos. Más todavía, motivan una acción adecuada... Si no partimos de la “Fantasía” para interesarnos en esas figuras humanas, sintiendo compasión por sus sufrimientos y alegría ante su bienestar; si no valoramos la importancia de encarar a cada persona como un individuo de una vida singular, nuestra crítica de las emociones perniciosas carecerá de fundamento (Mari, 2015, p. 218).

En armonía con el argumento de Smith, es menester reparar en el ámbito de la construcción del diálogo legal. Al apelar al reconocimiento de la emocionalidad como un factor inherente al individuo, destinatario de la decisión judicial o de la regla de derecho, lo que se propone es la concreción de un discurso fundamentado en la narrativa literaria como instrumento adecuado para conectar el dictado de la norma con los padecimientos de quien espera se aplique justicia en su caso. La narrativa se ofrecerá entonces, en términos de Carlos Fuentes, “como posibilidad pero también como inminencia: la novela como creadora de la realidad”. En armonía con ello “una nueva realidad, invisible antes de ser escrita” (Fuentes, 1993, p. 24). Una realidad que armonizada con el texto legal sensibiliza a la sociedad sobre los efectos del problema que el juez resuelve.

A pesar de su dimensión universal, los textos de Gabriel García Márquez se reflejan poco, *poquísimos*, en la jurisprudencia colombiana, primera fuente después de la Constitución y la ley del lenguaje de *lo legal*. De hecho, solo cinco casos utilizan estas narrativas para ilustrar esta cuestión, tal como se mostrará más adelante.

No deja de sorprender que en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia el Consejo de Estado y la Corte Constitucional colombianas *prima facie*: Sófocles, Miguel de Cervantes, Charles Dickens, Franz Kafka, George Orwell, Ernest

Hemingway y Albert Camus sean más citados que el autor que estudiamos⁴, lo que al precipitar hipótesis nos llevaría a pensar, en principio, que el influjo del *nacionalismo literario* no es un factor determinante a la hora de establecer el ascendiente de un determinado escritor respecto de los operadores jurídicos de su propia jurisdicción, para utilizar un lenguaje legal correcto.

Una segunda posibilidad en la que vale la pena reparar es la inexistencia de trabajos que, salvo la mención a citas aisladas del trabajo de García Márquez, permitan colegir que el autor no obstante su dimensión universal, ha influido en el proceso de construcción del pensamiento jurídico constitucional de la manera en la que lo pudieron hacer Kafka con *El proceso*, Sófocles con *Edipo rey* o más recientemente, George Orwell con *Rebelión en la granja*, solo para manir sobre lo ya dicho.

Queda entonces aproximarse al autor que nos ocupa a partir de la forma en la que entendió el derecho y lo expresó en su obra, que es el objeto central de este escrito. En esa dirección, el derecho penal ha dado pasos más que relevantes. Al respecto cabría recordar el trabajo de Antonio Cancino en el que hace un recorrido por el derecho penal colombiano a partir de la lectura extensa del trabajo *garciamarquiano*.

Gabriel García Márquez es un penalista sin formalismos, va tan de prisa, tan urgido de justicia, que no puede detenerse a esperar un pergamino que lo acredite. Además no existe aún el registro en el que se pueda inscribir un abogado de causas universales, que no se pueden reducir a los convencionales límites del proceso. Ha tenido que acudir a nutrirse con la jurisprudencia constante que la humanidad produce desde el burdel de Pilar Ternera hasta los palacios de los Presidentes que en el mundo han sido, para poder empaparse de la angustia de los hombres. Ha litigado sin sujeción a términos, ni distancias, con alegatos cuyo contenido se queda entrelazado en

⁴ Sobre este particular, resulta relevante el trabajo de Juan Francisco Soto Hoyos, *Jurisprudencia literaria en Colombia: los usos de la literatura en las decisiones judiciales*, publicado en la revista Summa Iuris, 2014, pp. 217-251.

el tiempo y en el espacio, pues no existen tribunales creados con competencia suficiente para dictar fallos que contengan determinaciones universales con equilibrio general y persistente (Cancino Moreno, Cancino González & Teleki, 2015, p.15).

El derecho constitucional, por su parte, a pesar de ser piedra angular del ordenamiento jurídico y que dada su condición positiva de *derecho de los derechos* debería ser más próximo a la influencia de la narrativa garciamarquiana, no cuenta con estudios relevantes sobre la temática expuesta. La afirmación no es menor si se repara en que García Márquez denuncia sin miramientos todo aquello que desde el punto de vista legal está mal en el país que le correspondió en suerte nacer o que lo vio partir. Reivindica sin timidez alguna los derechos que aparecen violados sistemáticamente en el universo literario que construye en sus ficciones, como se evidencia en *Cien años de soledad*, en el que hace un correlato de la realidad:

La ley marcial continuaba, en previsión de que fuera necesario aplicar medidas de emergencia para la calamidad pública del aguacero interminable, pero la tropa estaba acuartelada. Durante el día los militares andaban por los torrentes de las calles, con los pantalones enrollados a media pierna, jugando a los naufragios con los niños. En la noche, después del toque de queda, derribaban puertas a culatazos, sacaban a los sospechosos de sus camas y se los llevaban a un viaje sin regreso. Era todavía la búsqueda y el exterminio de los malhechores, asesinos, incendiarios y revoltosos del Decreto Número Cuatro, pero los militares lo negaban a los propios parientes de sus víctimas, que desbordaban la oficina de los comandantes en busca de noticias. «Seguro que fue un sueño –insistían los oficiales– En Macondo no ha pasado nada, ni está pasando ni pasará nunca. Este es un pueblo feliz.» Así consumaron el exterminio de los jefes sindicales (García Márquez, 2007, p. 351-352).

García Márquez hace evidente que el derecho existe porque existe la barbarie, de lo contrario sería innecesario,

instrumentalmente hablando. No obstante, evidencia que durante centurias *lo legal* fue utilizado para subordinar, desconocer y, evidentemente, violentar las garantías de los asociados. Todo ello sin que el aparato judicial se nutriera de esta voz que desde la orilla de su narrativa daba cuenta de lo que a diario acontecía, bien como testigo, bien como denunciante.

3. El autor y su obra

Dice el diccionario: “**Boom**. Voz ingl. 1. m. Éxito o auge repentino de algo, especialmente de un libro. *El boom de la novela hispanoamericana*” (RAE, 2011). Si se mira bien, no deja de ser notable que una expresión inglesa se utilice para describir uno de los procesos de concreción más relevantes de la literatura en lengua castellana del siglo XX y que ello a su vez sirva para dar a dicha expresión carta de naturalización en este idioma.

El *boom*, que en lengua inglesa se define como “*a loud, deep, resonant sound*” (Oxford Dictionaries, 2018), es decir, *un sonido fuerte, profundo y resonante*, en realidad no pudo ser mejor definido por la lengua española⁵. Como movimiento literario no obedeció a una intención premeditada para establecer una manera de escribir o de interpretar la realidad

⁵ **Explosión**, que es la expresión más similar se define en los siguientes términos: “Del lat. *explosio*, -nis ‘abuceo’, ‘acción de echar a una persona o un animal con ruido’.

1. f. Liberación brusca de energía que produce un incremento rápido de la presión, con desprendimiento de calor, luz y gases, y va acompañada de destruyendo y rotura violenta del cuerpo que la contiene.

2. f. Dilatación del gas contenido en un dispositivo mecánico con el fin de producir movimiento de una de las partes de este, como en el motor del automóvil o en el disparo del arma de fuego.

3. f. Manifestación súbita de ciertas emociones. *Explosión de risa, de entusiasmo*.

4. f. Desarrollo vertiginoso de algo. *Explosión demográfica*.

5. f. Fon. Ruido producido por la separación brusca de los órganos articulatorios durante la pronunciación de las consonantes oclusivas.

6. f. Mec. En los motores de combustión interna de cuatro tiempos, tercera fase del ciclo, en la que, al quemarse el combustible con el aire, se producen gases que en su expansión empujan el pistón” (RAE, 2011).

latinoamericana, más bien se desarrolló como una forma de narrativa que “apostó fuertemente por el discurso de índole fantástica entendiéndose éste como metáfora de la existencia humana” (Alemany, 2009).

En efecto, al ser contada América Latina se convirtió en el telón de fondo para que sus escritores expusieran ante el mundo las facetas tragicómicas de sus dictaduras, las bananeras y brutales, entre otros hechos relevantes, sin que ello los ubicara, a lo menos mayoritariamente, en la esquina del activismo político y sin que proscribiera la posibilidad de hacer lecturas de sus narrativas con ese tipo de alcance.

La pobreza rayana en lo misérrimo en diálogo constante con la riqueza que parece salida de los mitos sobre tesoros coloniales; la cotidianidad de la provincia con sus casitas de colores y tejas de barro que rodean las plazas coronadas por iglesias y alcaldías, en la que los amores míticos, implacables e imposibles, como suelen ser los de estas tierras, coinciden en las páginas de esta pléyade de escritores sin que medie una proposición previa.

Los temas convergen generacionalmente sin que hayan requerido de invitación o de concertación, por eso el *boom* es un sonido profundo y resonante de una identidad en construcción. En términos de Mario Vargas Llosa:

Lo que se llama boom y que, nadie sabe exactamente que es, yo particularmente no lo sé, es un conjunto de escritores, tampoco se sabe exactamente quiénes, pues cada uno tiene su propia lista, que adquirieron de manera más o menos simultánea en el tiempo, cierta difusión, cierto reconocimiento por parte del público y de la crítica. Esto puede llamarse, tal vez, un accidente histórico (Rama, 2005, p. 167).

Y en medio de este *accidente de la historia*: Gabriel García Márquez. Sus textos repletos de imágenes toman elementos de las vivencias de su Caribe natal que acompaña con rasgos e influencias locales y universales, dando un resultado difícil de igualar. Captura la realidad. La funde con elementos mágicos, que no

es otra cosa que la manera en que la literatura latinoamericana, por su conducto, se vale de lo *real maravilloso*, en términos de Alejo Carpentier (1904–1980), para narrar su cotidianidad en la que el ámbito de la implicancia de lo jurídico estará siempre al orden del día, lo cual no deja de ser relevante si se repara en que respecto de su formación jurídica este autor se definió de la siguiente manera: “Disimulé la ofuscación con un recuento espectral de mis estudios: bachillerato completo y bien calificado en un internado oficial, dos años y unos meses de derecho caótico, periodismo empírico” (García Márquez, 2002, p. 37).

Esos escasos años de *derecho caótico* le bastaron para convertirse en fuente para la reflexión legal, como se aprecia en su obra en lo que resulta sencillo ilustrar el punto que se propone.

Cien años de soledad, publicada en 1967, en la que se exploran problemas como las consecuencias jurídicas del incesto (cuestión aún sin resolver desde el punto de vista penal en varios ordenamientos legales); la violación de derechos humanos; el ejercicio de las garantías fundamentales en estados de excepción; el goce de los derecho de asociación y protesta; el derecho a la verdad en la justicia; el indulto; las garantías fundamentales a la educación y a la libertad de cultos, para mencionar una brevísima parte de las cuestiones de implicancia constitucional que a lo largo de una centuria pueden suceder alrededor de una familia que hace el mejor esfuerzo para que un hijo no les salga con cola de cerdo y fracasa en el intento.

El otoño del patriarca, escrito en 1975, en la que se aborda, desde la perspectiva de la teoría general del Estado, la fenomenología del poder y los instrumentos legales e ilegales que este tiene para mantenerse y perpetuarse, en los que no dejan de mezclarse cuestiones como la propiedad de los bienes de la nación, la violación de los derechos humanos, la importancia del control político al ejercicio del poder, así como todos aquellos que se desprenden de los efectos, predecibles por cierto, de una inveterada dictadura tropical.

La increíble y triste historia de la cándida Eréndira y de su abuela desalmada, escrita en 1972 y publicada en 1978, en la

que García Márquez abre la discusión sobre los derechos de los niños, la esclavitud sexual, la trata de personas y la manera en la que dichas prácticas eran socialmente conocidas y aceptadas en el contexto sociotemporal en el que vivió el autor durante su niñez y juventud. A la par que propone un debate, plenamente vigente, por cierto, que de hecho se extenderá a por ejemplo *Crónica de una muerte anunciada*, sobre la equidad de género y el derecho de la mujer a decidir sobre la manera en la que se desarrolla su sexualidad.

El general en su laberinto, a manera de biografía novelada, publicada en 1989, Simón Bolívar (1783–1830) explora las causas que llevaron al fracaso de la Constitución de 1821 y, en consecuencia, desde la lógica de la *Teoría General del Estado* a la ruptura de la Gran Colombia⁶.

De esta manera sería posible valerse de las otras narrativas del novelista colombiano y, con base en sus contenidos, seguir enunciando la manera en la que su obra, constituye evidentemente una interpretación jurídica de la realidad.

3.1. *El coronel no tiene quien le escriba*

Taurinamente hablando *El coronel no tiene quien le escriba* abrió plaza en 1961. Publicada seis años después de *La hojarasca* (1955), se constituye en la segunda novela publicada por el Nobel colombiano. En ella se aprecian en toda forma los recursos de estilo que hacen inconfundible la narrativa *garciamarquiana*. El manejo de las expresiones y del símil para mezclar sabores con circunstancias, o sentimientos con olores, terminan por dar como resultado, lo que es notable por su brevedad, una obra de carácter universal.

No es un texto con una poética elaborada como la que se aprecia, por ejemplo, en *El amor en los tiempos del cólera* (2014), en la que hay un *otro* García Márquez que juega más

⁶ La Gran Colombia, creada legalmente en 1819, comprendía los territorios de Venezuela, Nueva Granada (hoy Colombia), Panamá y Ecuador y, geográficamente, parte de los territorios actuales de Perú, Bolivia, Brasil, Honduras y Nicaragua.

con la narrativa y con las palabras y que en realidad pareciera estar más ocupado por elaborar un poema que por construir una novela “Fue entonces cuando Fermina Daza tuvo la revelación de los motivos inconscientes que le impidieron amarlo. Dijo: «Es como si no fuera una persona sino una sombra». Así era: La sombra de alguien a quien nadie conoció nunca” (García Márquez, 2014a, p. 290).

En *El coronel no tiene quien le escriba* el lenguaje es preciso, la historia no tiene giros temporales, la economía en los adjetivos es notable, como si se tratara de un guion cinematográfico el relato persigue a los personajes obligando al lector a situar su atención en los detalles que se obsequian respecto de cada uno de ellos “El lenguaje utilizado en *El coronel no tiene quien le escriba*, en *La mala hora* y en varios de los cuentos de *Los funerales de la Mamá Grande* es conciso, sobrio, dominado por una preocupación de eficacia tomada del periodismo” (Mendoza, 1982, p. 63).

Mantiene a lo largo de la obra dos tipos de evocación, una nostálgica respecto de tres elementos: (a) el hijo muerto, (b) las guerras libradas, y (c) los tiempos en que la vida del *coronel* se tramitaba con dignidad; y una evocación futura, principalmente asociada a la suerte que el gallo heredado correrá en la gallera, en el contexto de unas fiestas que, al igual que la carta siempre esperada, tampoco acaban por llegar.

La historia del *coronel* se circunscribe a su cotidianidad, en la que se mezclan diversos elementos de carácter político y jurídico: los mensajes cifrados que evidencian la imposibilidad de ejercer los derechos de asociación y de expresión; el toque de queda, instrumento por excelencia para restringir la capacidad jurídica de movilización y reunión; la memoria de la guerra civil, circunstancia en la que el orden jurídico queda en suspenso sino es que se extingue; el derecho a la pensión que no se concreta, que habla por sí mismo de la imposibilidad de ejercer el derecho a una vida digna; el laberinto administrativo en el que parece perdido para siempre el trámite pensional, lo que en sí mismo se constituye en una omisión al deber de

conducta predicable del Estado y en una forma de violencia del mismo respecto de sus asociados; para no profundizar en la mención constante a la violencia, esa sí armada, de los partidos, el asesinato de Agustín a manos de la policía, todo ello en un tránsito interminable entre la casa que se cae a pedazos, el puerto, la oficina del telégrafo, la sastrería, y la casa del compadre del *coronel* fastidiosamente rico en medio de la miseria que lo rodea.

De otra parte, el pueblo innominado, en el que las penalidades parecen no dar tregua, y sirven de telón de fondo para una reflexión que se centra en dos aspectos sustanciales: el tiempo, que en este caso no puede ser entendido en el contexto de la cuarta definición del diccionario: “Época durante la cual vive alguien o sucede algo” (RAE, 2011), en la medida en que en la historia del coronel no ocurre nada, y en la que la vida de los protagonistas de la narrativa pareciera no tener propósito distinto que el de sobrevivir; y la violencia, que parece expresarse de distintas maneras y dejar en claro que al estar pegada a la piel de todos los personajes de este relato mantendrá su hegemonía y arbitrará la existencia de quienes se encuentran encarcelados en esa abrumadora realidad. “–Este entierro es un acontecimiento –dijo el coronel–. Es el primer muerto de muerte natural que tenemos en muchos años” (García Márquez, 2016, p. 12).

Especialmente interesante resulta como recurso narratológico, que la historia del *coronel* no tenga fin. No se sabe si la carta en la que se le reconoce su alegato pensional finalmente llega. Tampoco se establece si su mujer sobrevivirá a los ataques de asma que la afligen o si el hambre y la desesperación, que no ofrecen descanso, acabarán con su familia. También se ignora si el gallo heredado sobrevivirá hasta llegar a la anhelada riña o si de ella saldrá victorioso cambiando para siempre la realidad de los protagonistas.

En consecuencia, la trama del *coronel* es la expresión de una narrativa inacabada en la que lector y personajes terminan inmersos en una realidad que carece de solución y de límites de

temporalidad, por lo cual las respuestas posibles a la concreción de la historia propuesta son tantas como lectores puede haber.

3.1.1 Contexto histórico

La paz es una noción extraña en el contexto colombiano. Incluso, la más austera de las definiciones, que es la que propone el diccionario y se presenta como la “situación y relación mutua de quienes no están en guerra” (RAE, 2011), no ha sido predicable en ningún momento de la convulsionada historia local.

Antes de concluir la guerra de Independencia en 1819, Colombia ya había padecido al menos una guerra civil. Ello, sin hablar de conflictos coloniales anteriores que terminaron en levantamientos armados relevantes, asociados a los impuestos al cultivo y a la comercialización de algunos productos agrícolas y que son reseñados en los textos de historia de Colombia como los de la revolución de “Los Comuneros”⁷.

A lo largo del siglo XIX la vida republicana colombiana se vio signada por nueve guerras civiles de orden nacional y decenas de alzamientos de carácter regional que cobraron un número de víctimas aún sin precisar (Pardo Rueda, 2004, p. 43).

Sin excepción, todos los conflictos nacionales concluyeron con acuerdos que condujeron a procesos constituyentes que en ningún caso fueron la expresión de consensos entre vencedores y vencidos, sino más bien manifestaciones regladas, vertidas en forma de normas de tipo constitucional, de los pactos a los que fueron llegando los ganadores.

En consecuencia, las constituciones de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886, todas las del siglo XIX, fueron la conclusión unísona de conflictos militares que, una vez agotados en sus motivaciones, solo podían ser el preámbulo de sucesivas confrontaciones armadas y, por supuesto, de una constelación

⁷ Sugiero consultar a Indalecio Liévano Aguirre (2002). *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*.

de posteriores cartas fundamentales⁸ ¡A mali tempore plurima legem!⁹.

Si bien la Constitución de 1886, que regiría hasta 1991, no se vio modificada como consecuencia de un *gran conflicto de carácter nacional*, si fue llamada a desaparecer debido a la *fatiga de material*¹⁰ que en su estructura ocasionó un siglo de diversas violencias y cuestiones políticas, que por sus efectos en la sociedad la convirtieron en un instrumento inviable para asegurar la vida comunitaria en condiciones de civilidad.

Al ser la búsqueda de la paz una obsesión histórica desde el punto de vista constitucional, no es de sorprender que la violencia, punto de partida y final de todos los procesos constituyentes colombianos, se exprese en la obra de García Márquez como un tema medular en el que, por supuesto, la narrativa de *El coronel no tiene quien le escriba* no puede ser la excepción.

La historia del *coronel* fue escrita en el contexto de la vigencia de la Constitución de 1886, carta política de estirpe conservadora que rigió en el país por algo más de cien años. En virtud de esta disposición, por vía de decretos, normas ejecutivas del presidente de la República, era posible para el gobierno suspender o limitar derechos que a su discreción se entendieran como elementos de ralentización del control del orden público en el territorio nacional.

Al estado de cosas constitucional se agregó la dictadura militar, protagonizada por el general Gustavo Rojas Pinilla (1900–1975), la cual se extendió del 13 de junio de 1953 al 10 de mayo de 1957, periodo durante el cual se cerraron varios medios de comunicación, entre otros *El Espectador*, el diario

⁸ Sugiero consultar a Carlos Restrepo Piedrahíta (1995) *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Segunda Edición. Bogotá. Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia.

⁹ Aforismo latino que en lengua castellana se traduce como ¡A mal tiempo más leyes!

¹⁰ Tomamos prestada esta definición de la ingeniería entendiendo que la fatiga de material es la “pérdida de la resistencia mecánica de un material, al ser sometido largamente a esfuerzos repetidos” (RAE, 2011).

más antiguo del país y casa editorial desde la cual García Márquez ejercía su actividad periodística.

Plinio Mendoza relata este capítulo de la trama vital de García Márquez, para ese momento exiliado en Francia, de la siguiente manera:

Escribió *El coronel no tiene quien le escriba* en parte para despejarle el camino a *La mala hora* y en parte también para exorcizar literariamente sus angustias cotidianas de entonces: también él, como su personaje, no sabía cómo iba a comer al día siguiente y aguardaba siempre una carta, una carta con dinero que nunca llegaba. Sus problemas económicos habían empezado con una noticia de tres líneas aparecida en *Le Monde*, que leímos al tiempo en un café de la rue des Ecoles: Rojas Pinilla, el dictador que entonces gobernaba a Colombia, había clausurado *El Espectador*, el diario del cual Gabriel era corresponsal en París. «No es grave», dijo éste. Pero sí lo era. Las cartas nunca volvieron a traer cheques y un mes después no tenía cómo pagar el hotel (Mendoza, 1982, p. 69).

Al igual que el *protagonista* de su narrativa, García Márquez termina deambulando por las calles de París, trabando un combate diario contra la pobreza y el hambre en espera de una carta que nunca terminará por llegar. Experiencia vital que sin duda contribuirá a la caracterización de sus personajes.

3.1.2 Problemas constitucionales asociados a la obra y aproximación jurisdiccional

El *coronel* lleva quince años esperando la carta en la que se reconocerá su derecho a la pensión. Lo hace en el contexto de un pueblo olvidado sometido por la fuerza de la violencia a la censura impuesta por el Estado y la iglesia.

Un poco después de las siete sonaron en la torre las campanadas de la censura cinematográfica. El padre Ángel utilizaba ese medio para divulgar la calificación moral de la película de acuerdo con la lista clasificada que recibía todos los meses por correo. La esposa del coronel contó

doce campanadas. –Mala para todos –dijo–. Hace como un año que las películas son malas para todos (García Márquez, 2016, p. 22).

Corría el año 1956. Para ese entonces la Constitución de 1886 no prohibía la censura a pesar de que en el contexto de las sociedades de occidente la libertad de expresión era de lejos, y por mucho, un valor unánimemente reconocido como parte de aquellos que resultan fundantes para la vida democrática.

De otra parte, al referirse al derecho pensional la Constitución vigente, silente en temas medulares en la materia, sostenía:

Artículo 62. – La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro público (Constitución Política de Colombia, 1886).

Y más adelante la misma norma fundamental agregaba:

Artículo 169. – Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley (Constitución Política de Colombia, 1886).

De una sana lectura de las normas, desde el punto de vista constitucional resulta en consecuencia que el *coronel*, así no hubiese quien se lo reconociera, tenía en efecto derecho a la pensión reclamada, en lo que no deja de destacarse que, a pesar de tener una formación *caótica* en materia jurídica, tal y como ya se anotó, en su narrativa García Márquez se esmeró por cuidar las formas propias de *lo legal*. Rasgo destacable, en términos de realismo literario y relevante a la hora de estudiar las intersecciones que existen entre derecho y literatura.

Durante la lectura pensó en su pensión de veterano. Diecinueve años antes, cuando el congreso promulgó la ley,

se inició un proceso de justificación que duró ocho años. Luego necesitó seis años más para hacerse incluir en el escalafón. Esa fue la última carta que recibió el coronel (García Márquez, 2016, p. 35).

Capítulo aparte merece el derecho a la salud. Nada de nada decía la Carta Política de 1886 sobre este tema y en ello hay un correlato en la narrativa garciamarquiana en el que se difiere el ejercicio de esta garantía fundamental a la práctica privada del médico del pueblo, que en su talante bonachón financiaba eternamente a sus pacientes.

–Cuánto le debemos, doctor.

–Por ahora nada –dijo el médico, y le dio una palmadita en la espalda–. Ya le pasaré una cuenta gorda cuando gane el gallo (García Márquez, 2016, p.27).

En este punto García Márquez parece situarse en la esquina del activismo literario al denunciar que en el contexto de la Colombia de ese entonces, solo aquellos, que contaban con recursos para lograr la atención médica que necesitaban podían gozar de manera más o menos razonable del derecho a la salud, defecto que se vino a corregir solo hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en la que se estableció que esta prerrogativa tiene carácter fundamental y universal.

La norma de 1886 tampoco dice nada del deber de diligencia a cargo del Estado, lo cual explica que la ralentización en la toma de las decisiones que afectaban a los asociados no ocupara un lugar preponderante en la actividad gubernamental, en lo que por supuesto hay excepciones notables que hacen aún más dramática la reflexión sobre el contenido de la regla general. Si se piensa bien, esa morosidad en la actividad de lo público constituye una particular forma de ejercer violencia respecto de los ciudadanos, la cual, por la línea infinita de tiempo que plantea la narrativa del *coronel*, tiende a volverse endémica si se expresa en los términos de una patología social:

–Qué te pasa –preguntó.

–Estoy pensando en el empleado de quien depende la pensión –mintió el coronel–. Dentro de cincuenta años nosotros estaremos tranquilos bajo tierra mientras ese pobre hombre agonizará todos los viernes esperando su jubilación (García Márquez, 2016, p.60).

La muerte de Agustín, “acribillado nueve meses antes en la gallera, por distribuir información clandestina” (García Márquez, 2016, p.18), merece comentario aparte.

A pesar de que desde siempre las ejecuciones sumarias han estado proscritas en el contexto constitucional colombiano¹¹, no es de sorprender que tengan espacio en esta novela. Testimonio de ello es que en el contexto vital del *coronel* sea perfectamente posible que este se encuentre frente a frente con el homicida de su hijo el cual, como si nada hubiese pasado, sigue ejerciendo la condición de agente del Estado.

Artículo 21. – En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden (Constitución Política de Colombia, 1886).

¿Las violencias concluyen con nuevas violencias?, parece preguntarse García Márquez al reflexionar que solo la vejez le impide al *coronel* ejercer la venganza por la muerte de su hijo.

La lectura exegética de la norma legal que propone esta historia es por demás francamente desoladora. Dice, sin decirlo, que los homicidios cometidos como actos propios del servicio marchaban inexorable y decisivamente hacia la impunidad. Necesario resulta concluir que en el universo garciamarquiano

¹¹ **Artículo 19.** – Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos (Constitución Política de Colombia, 1886).

la esperanza de alcanzar la armonía social no se sitúa en la aplicación de las normas, fin último del derecho, o por lo menos no en las que estaban vigentes en el contexto temporal en el que transcurre su narrativa.

La Constitución de 1886 rigió en el país hasta el 4 de julio de 1991. A partir del nuevo texto constitucional todos los defectos evidenciados en este apartado fueron corregidos. En consecuencia, la influencia de García Márquez en la construcción del discurso legal se encuentra en proceso de construcción.

En la sentencia C-761 de 2009 la Corte Constitucional colombiana se vale de la historia del *coronel* para reconocer que las peleas de gallos, al igual que las corridas de toros, hacen parte de la identidad cultural de la nación, esto da un alcance adicional a la narrativa garciamarquiana y la sitúa en la esquina del reconocimiento de algunos de los elementos que constituyen esa afinidad:

En cuanto a las peleas de gallos, parece ser que estas son originarias de la India. Los griegos adoptaron la práctica de desafíos gallísticos y Julio Cesar la introduce a Roma y, por ende, a Hispania. Con Colón llega a América. Colombia ha sido un país de tradición gallística desde la fundación de la República, la cual ha permeado las artes y las letras. En las obras de Gabriel García Márquez la crianza de gallos de pelea y sus riñas han sido una constante como en “Cien Años de Soledad” y, especialmente, en “El Coronel no tiene quien le escriba” (Sentencia C-761 de 2009. Mag. Henao Pérez).

De igual forma, ha servido para justificar posiciones disidentes a las mayoritarias al interior del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional colombiana, en lo que se trata del elemento narratológico del tiempo sin fin, del que se vale el autor para ilustrar que con la decisión que adopta la Corte ninguna solución al problema que se analiza llegará para los afectados:

Como corolario no quisiera dejar de señalar que esta clase de interpretaciones regresivas e irracionales están dejando a los empleados y funcionarios públicos del

Estado en una situación similar a la que nos presentó García Márquez en su célebre novela *El Coronel no tiene quien le escriba*, en la que su protagonista El coronel (como nuestros trabajadores), espera algo que nunca va a llegar” (Aclaración de voto Mag. Palacio Palacio, a la Sentencia SU-288 de 2015. Mag. González Cuervo).

Las providencias en cita son las únicas dos que, la Corte Constitucional colombiana, desde la creación de hace ya casi tres décadas, se ha valido de esta narrativa para ilustrar el contenido de sus decisiones, lo que no deja de llamar la atención en una sede judicial que anualmente tramita miles de decisiones en materia pensional y muchas más en las que el ciudadano del común reclama un actuar eficiente por parte del Estado.

3.1.3 Conclusiones

1. Las lecturas que admite *El coronel no tiene quien le escriba* son diversas, algunas se han intentado en este escrito:, la inmanencia de la violencia en el contexto sociotemporal en el que se desarrolla la narrativa; el problema de la temporalidad como factor de tensión perpetua en el drama que padecen el *coronel* y su mujer; la linealidad de la tragedia entendida como la sucesión de calamidades que implacablemente afligen el contexto vital de todos los personajes inmersos en esta historia, entre otras. No obstante, la que implica un contenido de tipo legal agrega un valor novedoso al análisis de esta literatura, en la medida en que permite advertir el tratamiento que desde el punto de vista de las distintas temáticas jurídicas el autor da al contexto constitucional aplicable al momento histórico en el que se desarrolla la temática objeto de su obra.

Así, en esta literatura el derecho adquiere una serie de características relevantes. La primera de ellas es la perfecta armonía que existe entre el contenido literario y el que normativamente resulta aplicable a las distintas situaciones que se narran. A ello se acompaña una interpretación que desde el punto de vista del autor resulta pesimista, y razones no le faltan, pero también exegética, como en parte resulta las más de las veces la

aplicación de la ley, lo que a su vez nutre el relato porque ayuda a ambientarlo de una manera que a lo menos resulta desoladora.

2. García Márquez ofrece interpretaciones paradójicas pues, contrario a lo que pudiera pensarse en un primer momento, el relato del *coronel* anónimo es también un canto de esperanza en diversos sentidos de la vida sobre la muerte, de la perseverancia sobre la adversidad y de la justicia sobre la violencia y la arbitrariedad. Los protagonistas genuinamente esperan que *lo legal* opere y que de alguna forma aparezca para que de ello salga la justicia. “–Así es– suspiro el coronel–. La vida es la cosa mejor que se ha inventado” (García Márquez, 2016, p. 61).

El clamor por el reconocimiento de los derechos de la sociedad termina siendo una expresión de activismo literario, que de hecho el constituyente de 1991 terminó expresando, sin hacer mención al trabajo del Nobel, en las consideraciones que llevaron a la expedición de la Constitución hoy vigente en Colombia, de la siguiente manera:

Para que la vida del hombre sea digna de comienzo a fin, es perentorio asegurarle a la persona de la tercera edad el derecho a la seguridad y el disfrute del bienestar social que incluyen los de salud, la alimentación adecuada y la vivienda. Se habla aquí de seguridad social y de bienestar social antes que de cualquier acto de caridad porque la conmiseración es nociva para el anciano (Lleras de la Fuente, 1996, p. 217).

3.2. *Crónica de una muerte anunciada*

Crónica de una muerte anunciada recoge una serie de acontecimientos ocurridos en 1951 en algún municipio del caribe colombiano. La historia en la que se inspira contó con una serie de desarrollos posteriores, lo que trajo como consecuencia que su proceso de concreción tardara varias décadas en fraguarse, hasta encontrar su año de publicación en 1981.

Respetando las formas de la crónica periodística, en las que el autor recoge fuente a fuente las piezas del relato que compone

y a las que agrega elementos de la narrativa policial, García Márquez propone una historia que a diferencia de *El coronel no tiene quien le escriba* si tiene final, se anticipa desde el título mismo de la novela pero que, pese a ello, no hace perder ni por un instante el interés en la cadena de acontecimientos que desembocan en la muerte de Santiago Nasar.

A diferencia de *Edipo Rey* en el que solo hasta la conclusión el razonador descubre que él mismo es el asesino, en esta *crónica* nos encontramos ante una especie de subgénero literario: un antipolicial que devela el misterio en el primer párrafo de la primera página, como si de eliminar el suspenso se tratara.

En lo que parece ser una constante en la narrativa garciamarquiana el pueblo en el que se desarrollan los acontecimientos es innominado, acaso por querer proteger la identidad de los protagonistas de la historia, acaso como una forma de expresar que los hechos que se refieren forman parte de la cotidianidad latinoamericana.

En términos de Santiago Gamboa, esta narrativa recoge elementos propios de la tragedia griega en la que los protagonistas parecen sometidos desde un primer momento al capricho de los dioses. Se encuentran sometidos a serie de fuerzas que les resultan irresistibles y terminan por arbitrar sus destinos, sin que haya espacio para suponer que por la simple voluntad pueden escapar de la fatalidad.

Los hermanos Vicario, los asesinos, se ven obligados a cumplir un destino, que es el de lavar la honra de su hermana, matando a Santiago Nasar. Pero ninguno de los dos quiere hacerlo, y, como dice el narrador, «hicieron mucho más de lo que era imaginable para que alguien les impidiera matarlo, y no lo consiguieron» (Gamboa, 2001).

En armonía con ese planteamiento, *Crónica de una muerte anunciada* se convierte a la vez en una reflexión sobre la torpeza de los personajes, de sus motivaciones, de la manera en la que en determinados contextos se entiende lo correcto, pero mucho más relevante de la forma en la que se ejerce la justicia.

La poética que construye García Márquez alrededor del drama que se avecina no deja de sorprender y a la vez de impresionar:

«Siempre soñaba con árboles», me dijo Plácida Linero, su madre, evocando 27 años después los pormenores de aquel lunes ingrato. «La semana anterior había soñado que iba solo en un avión de papel de estaño que volaba sin tropezar por entre los almendros», me dijo. Tenía una reputación muy bien ganada de interprete certero de los sueños ajenos, siempre que se los contaran en ayunas, pero no había advertido ningún augurio aciago en esos dos sueños de su hijo, ni en los otros sueños con árboles que él le había contado en las mañanas que precedieron a su muerte (García Márquez, 2014b, p. 9).

El esfuerzo del novelista es inmenso a la hora de enfrentarse con la realidad. En 2007, a sus 85 años de edad Miguel Reyes Palencia publicó un libro titulado *Yo soy Bayardo San Román*. En declaraciones sobre su obra a la revista *Semana*, refiriéndose a Margarita Chica, verdadero nombre de Ángela Vicario, señaló: “Así fueron las cosas y no tengo ningún remordimiento”, al tiempo que agregó, “Si hubiera sabido que con eso iba a causar la muerte de un amigo, no la devuelvo a su mamá. Yo me hubiera sacrificado por salvarle la vida” (*Semana*, 13 de octubre de 2007).

El *sacrificio* del que habla Reyes Palencia hace referencia a convivir con una mujer que no llegó virgen al matrimonio. En ningún momento alude a la posibilidad de interceder por la vida de Cayetano Gentile, el Santiago Nasar de García Márquez.

Destacable de las afirmaciones de Reyes Palencia, el dejar implícito que en el contexto en el que se desarrollaron los hechos la decisión sobre la manera en la que las mujeres ejercían su sexualidad no dependía de ellas sino de la convención social, lo que desde el punto de vista de las lecturas de género que se pueden hacer de la obra, propone un cuestionamiento a la inexistencia que para ese momento tenía en el ordenamiento legal el derecho a la igualdad.

A diferencia de la manera en la que la narrativa presenta la génesis del amor de Bayardo San Román por Ángela Vicario, la realidad toma distancia simplemente para ratificar el talento creador del escritor:

En cambio, todas las versiones coincidían en que Ángela Vicario y Bayardo San Román se habían visto por primera vez en las fiestas patrias de octubre, durante una verbena de caridad en la que ella estuvo encargada de cantar las rifas. Bayardo San Román llegó a la verbena y fue derecho al mostrador atendido por la rifeira lánguida cerrada de luto hasta la empuñadura, y le preguntó cuánto costaba la ortofónica con incrustaciones de nácar que había de ser el atractivo mayor de la feria. Ella le contestó que no estaba para la venta sino para rifar.

–Mejor –dijo él–, así será más fácil, y además, más barata.

Ella me confesó que había logrado impresionarla, pero por razones contrarias del amor. «Yo detestaba a los hombres altaneros, y nunca había visto uno con tantas ínfulas –me dijo, evocando aquel día–. Además, pensé que era un polaco». Su contrariedad fue mayor cuando cantó la rifa de la ortofónica, en medio de la ansiedad de todos, y en efecto se la ganó Bayardo San Román. No podía imaginarse que él, sólo por impresionarla, había comprado todos los números de la rifa (García Márquez, 2014b, pp. 34-35).

Reyes Palencia, por su parte, reconoce que su corazón no pertenecía a Margarita Chica, sino a su prima Narcisa Velilla, amor frustrado de la infancia con el que, al igual que ocurre en *Cien años de soledad*, aconteció que se vio signado por el fracaso debido a la convención familiar de que los amores entre parientes no se pueden dar.

Cuenta en su entrevista, además, que antes de conocer a Margarita, quien a su vez había sido rechazada por Gentile, el tiempo le había alcanzado para tener un romance en Magangué, municipio del departamento de Bolívar ubicado también en la costa caribe colombiana, con Enriqueta Obregón, personaje que no toma para sí la narrativa garciamarquiana. A diferencia de

lo que ocurre en la novela, los amores de Reyes y Chica son amores cansados, de esos que llegan a la pelea cuando ya va por el noveno asalto, en consecuencia, no pasaron de ser una posibilidad frustrada:

Ambos, despechados, empezaron una relación que duró tres años y que no habría terminado en matrimonio de no ser porque Reyes temió por su vida. “Cuando le dije a Margarita que no quería casarme, ella les dijo a sus hermanos Víctor y Joaquín (los Pedro y Pablo de Gabo), comerciantes y vendedores de carne, que yo la había perjudicado y que estaba embarazada”, cuenta Reyes. Enfurecidos, lo habrían amenazado diciéndole que él no podía burlar el honor de la familia Chica Salas, que tenía que casarse o, de lo contrario, lo mataban. “No quiero un hijo soltero y muerto”, recuerda Reyes las palabras de su mamá (Semana, 13 de octubre de 2007).

En el contexto de la realidad Margarita Chica obliga al vínculo matrimonial, en la narrativa Ángela Vicario se ve obligada a su celebración por la presión familiar.

Respecto al matrimonio mismo, valga decir el de la literatura y el de la realidad encuentran puntos de sintonía. Mientras Reyes Palencia lo resume diciendo: “Yo preparé un matrimonio de primera categoría” (Semana, 13 de octubre de 2007), García Márquez no escatima esfuerzos en narrar las proporciones casi romanas del evento.

Cristo Bedoya, que estaba con ellos, reveló cifras que aumentaron el asombro. [...] Allí obtuvo muchos datos que le faltaban para calcular los costos de la parranda. Contó que se habían sacrificado cuarenta pavos y once cerdos para los invitados, y cuatro terneras que el novio puso a asar para el pueblo en la plaza pública. Contó que se consumieron 205 cajas de alcoholes de contrabando y casi 2.000 botellas de ron de caña que fueron repartidas entre la muchedumbre. No hubo una sola persona, ni pobre ni rica, que no hubiera participado de algún modo en la parranda de mayor escándalo que se había visto jamás en el pueblo.

Santiago Nasar soñó en voz alta. –Así será mi matrimonio –dijo–. No les alcanzará la vida para contarlo (García Márquez, 2014b, pp. 23-24).

Preocupado por la negativa de Margarita a tener relaciones sexuales una vez el contrato marital había recibido la bendición sacramental, Reyes insistió en la consumación del vínculo y, ante la negativa de la novel contrayente, con calamitosa contundencia recuerda que atinó a decir: “O lo hacemos o esta vaina se acaba aquí”. (Semana, 13 de octubre de 2007).

De ahí en adelante todo fue para peor. En su relato Reyes decide devolverle la contrayente a su madre, quien aguardaba expectante que todo saliera bien en aquella noche infeliz. Después de este particular ejercicio de repudio medieval, natural es pensar que el nombre de Cayetano Gentile saldría a la luz como responsable de la virginidad perdida de Margarita Chica:

Ella se demoró apenas el tiempo necesario para decir el nombre. Lo buscó en las tinieblas, lo encontró a primera vista entre los tantos y tantos nombres confundibles de este mundo y del otro, y lo dejó clavado en la pared con su dardo certero, como a una mariposa sin albedrío cuya sentencia estaba escrita desde siempre.

–Santiago Nasar –dijo (García Márquez, 2014b, pp. 23-24).

El rigor en el relato acompasa la realidad y la ficción. Cayetano Gentile, estudiante de medicina de 24 años de edad, el día en que lo asesinaron los hermanos Chica Salas, tenía un futuro promisorio al igual que su otro yo, Santiago Nasar, dedicado al desarrollo del *Divino Rostro*, hacienda familiar heredada del padre fallecido tiempo atrás. Según el relato de Reyes Palencia, el cuchillo de matarife que utilizaron para ultimar a Gentile ingresó en el cuerpo en dieciocho oportunidades. Los cuchillos utilizados por los gemelos Vicario lo hicieron en veinticuatro ocasiones cumpliendo el mismo propósito criminal.

García Márquez sitúa los móviles del crimen en el argumento del abogado, que actúa en la causa en la defensa de Pedro y Pablo Vicario: el homicidio se explica por virtud de la

legítima defensa del honor. Para Reyes Palencia la motivación es más sencilla: “actuaron así porque estaban envenenados. Esos eran otros tiempos” (Semana, 13 de octubre de 2007). En lo que deja claro que en la ira no hay honor.

Al igual que Pedro y Pablo Vicario, Víctor y Joaquín Chica Salas pasaron varios años en una cárcel remota. Y, de la misma forma que en la novela, Margarita Salas, al igual que Ángela Vicario, cambió de pueblo y nunca se casó. Ángela Vicario, por el contrario, tuvo *una segunda oportunidad sobre la tierra* con Bayardo San Román, en ello la narrativa terminó por enmendar la infelicidad que la persiguió sin tregua.

En su testimonio, Miguel Reyes cuenta que buscó refugiarse en el amor de Enriqueta Obregón. De ese reencuentro hace un esfuerzo notable en beneficio de la concreción: “Yo le pedí perdón y fuimos felices con nuestros 12 hijos. Por mucho tiempo no volví a mencionar lo que me había pasado”. Paradójicamente, desde *lo legal*, era imposible para Reyes casarse con quien terminó siendo su compañera vital porque, a pesar del repudio, nunca se divorció legalmente de Margarita Chica, con quien estuvo unido por el contrato matrimonial hasta el día en que esta falleció.

García Márquez adquiere en este relato una doble condición, no solo la de testigo de oídas a partir de la historia referida por su madre Luisa Santiaga Márquez, como el mismo reconoce en entrevista al diario *El País*, concedida el 1 de mayo de 1981, sino también que se inserta en el relato como un narrador omnisciente que a pesar de no identificarse da pistas inequívocas sobre su presencia.

Muchos sabían que en la inconsciencia de la parranda le propuse a Mercedes Barcha¹² que se casara conmigo, cuando apenas había terminado la escuela primaria, tal como ella misma me lo recordó cuando nos casamos catorce años después (García Márquez, 2014b, p. 49).

¹² Mercedes Barcha Pardo fue la esposa de Gabriel García Márquez desde el 21 de marzo de 1958 hasta el día en que el escritor falleció.

A lo que agrega:

Mi tía Wenefrida Márquez estaba descamando un sábalo en el patio de su casa al otro lado del río, y lo vio descender las escalinatas del muelle antiguo buscando con paso firme el rumbo de su casa.

–¡Santiago, hijo –le gritó–, ¡qué te pasa!

Santiago Nasar la reconoció.

–Que me mataron, niña Wene –dijo (García Márquez, 2014b, p. 126).

Esta narrativa, a juicio de García Márquez, se constituye en la mejor de sus novelas (Ceberio, 1 de mayo de 1981), y explora desde una perspectiva más íntima el fenómeno de la violencia, una que no por ser doméstica desmerece en su relevancia social. No podía ser distinto, si lo que justamente hace a lo largo del relato es poner magia a la realidad.

3.2.1. Contexto histórico

Para 1951 Colombia se encuentra dando curso a una más de sus complejas transiciones políticas. Laureano Gómez (1889-1965), elegido presidente para el periodo 1950 a 1954, cesa abruptamente su gobierno por problemas de salud. La sucesión presidencial recayó en Roberto Urdaneta Arbeláez (1890-1972). El 13 de junio de 1953, cuando Gómez, ya repuesto de sus dificultades médicas intenta recuperar el poder termina siendo depuesto en forma definitiva por un golpe de estado liderado por el general Gustavo Rojas Pinilla.

Gómez, admirador del franquismo español y en algunos temas del nazismo alemán, intentó reflejar en su gobierno buena parte de las ideas que componían el credo político de esas organizaciones. No resulta sorprendente que una visión a ultranza conservadora del Estado se expresara en el ejercicio de la cosa pública y que ello tuviera a su vez diversos correlatos en la sociedad.

En el gobierno Gómez-Urdaneta, denominado así simplemente para enmarcarlo en un periodo de tiempo, el Congreso

de la República aprobó un acto de convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente que tenía como propósito reformar la Carta Política de 1886. Dicha disposición, aprobada el 9 de diciembre de 1952, devino en un proyecto en el que entre otras cosas “se le asignaba a la prensa la función de servicio público y se establecía que ningún colombiano podía “de palabra o por escrito” atentar contra el prestigio de las autoridades so pena de ser juzgado como traidor” (Alarcón, 18 de mayo de 2015).

Dichas medidas retratan bastante bien el talante autoritario y por demás violento del gobierno de Laureano Gómez, respecto del cual la literatura colombiana se empezó a manifestar, “Jorge Zalamea, Eduardo Caballero Calderón y el mismo Gabriel García Márquez empezaron a plasmar en sus escritos sus inconformismos contra la realidad nacional de ese tiempo. Igualmente, por sus simpatías con la izquierda y con el Partido Liberal, denunciaron en sus obras la persecución que sufría esta última colectividad” (Pardo Motta, 2008, p. 38).

Sobre Laureano Gómez, García Márquez escribió:

A mediados del año llegó a Bogotá el poeta Pablo Neruda, convencido de que la poesía debía ser un arma política. En sus tertulias bogotanas se enteró de la clase de reaccionario que era Laureano Gómez, y a modo de despedida, casi al correr de la pluma escribió en su honor tres sonetos punitivos, cuyo primer cuarteto daba el tono de todos:

Adiós, Laureano nunca laureado,

Sátrapa triste y rey advenedizo.

Adiós, emperador de cuarto piso,

antes de tiempo y sin cesar pagado (Díaz, 2015, p. 101).

A pesar del activismo político de García Márquez en la década del cincuenta es curioso que no se haga ninguna mención en *Crónica de una muerte anunciada* al estado general de la situación que por esos años vivía el país, en lo que no queda camino distinto que el de ratificar que en esta narrativa el autor no se alejó ni un milímetro de su papel de cronista de los hechos que condujeron a la muerte de Santiago Nasar.

A diferencia de lo que ocurre en *El coronel no tiene quien le escriba*, la violencia como objeto de preocupación del escritor se circunscribe a la tragedia que atestiguan los habitantes del pueblito en el que Nasar es asesinado. El ejercicio del poder del Estado a cargo de las autoridades es descrito en el contexto de la narrativa, como un formidable canto a la negligencia:

Muchos de los que estaban en el puerto sabían que a Santiago Nasar lo iban a matar. Don Lázaro Aponte, coronel de academia en uso de buen retiro y alcalde municipal desde hacía once años, le hizo un saludo con los dedos. «Yo tenía mis razones muy reales para creer que ya no corría ningún peligro», me dijo (García Márquez, 2014b, p.25).

3.2.3 Problemas constitucionales asociados a la obra y aproximación jurisdiccional

Desde la perspectiva de *lo legal*, *Crónica de una muerte anunciada* aparece en una primera lectura, como una obra más próxima al ámbito de estudio del derecho penal que al del constitucional. Los elementos de juicio para confirmar esta primera afirmación, están todos ahí: la premeditación de los gemelos Vicario; la condición a la que fue sometida la víctima cuando fue asesinada; el papel de determinadores del crimen que tienen varios de los personajes de la obra, en la que incitan a los homicidas a ultimar a Santiago Nasar; la sevicia como causal de agravación punitiva (¿sí con una cuchillada bastaba para asesinar a la víctima para qué le hicieron veinticuatro?).

De hecho, la misma radiografía que hace el autor respecto del juicio que con jurado de conciencia a bordo llevó a la condena de los Vicario, da testimonio de que esta narrativa es pieza valiosísima para el análisis que desde la mirada de la regulación criminal es posible realizar.

El abogado sustentó la tesis del homicidio en legítima defensa del honor, que fue admitida por el tribunal de conciencia, y los gemelos declararon al final del juicio que hubieran vuelto a hacerlo mil veces por los mismos

motivos. Fueron ellos quienes vislumbraron el recurso de la defensa desde que se rindieron ante su iglesia pocos minutos después del crimen. Irrumpieron jadeando en la Casa Cural, perseguidos de cerca por un grupo de árabes enardecidos, y pusieron los cuchillos con el acero limpio en la mesa del padre Amador. Ambos estaban exhaustos por el trabajo bárbaro de la muerte, y tenían la ropa y los brazos empapados y la cara embadurnada de sudor y de sangre todavía viva, pero el párroco recordaba la rendición como un acto de gran dignidad.

–Lo matamos a conciencia –dijo Pedro Vicario–, pero somos inocentes.

–Tal vez ante Dios –dijo el padre Amador.

–Ante Dios y ante los hombres –dijo Pablo Vicario–. Fue un asunto de honor (García Márquez, 2014, p.55).

Sin embargo, desde lo constitucional, objeto de este trabajo, hay problemas implícitos en el capítulo del crimen que conviene examinar, así como otros que se atenderán más adelante.

El primer aspecto, y también el más relevante, consiste en el tratamiento que esta narrativa da al derecho, al debido proceso y a la presunción de inocencia. Pese a que la Carta Política de 1886 incorporaba una regla natural del debido proceso, entendido como el conjunto de garantías con las que cuenta quien habrá de ser enjuiciado, se queda corta a la hora de dotar de garantías el trámite procesal. En efecto, el artículo 26 de dicha norma indicaba que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio” (Constitución Política de Colombia, 1886) garantía con la que contaron los Vicario, pero no Santiago Nasar.

Fue suficiente la manifestación de Ángela Vicario para que la suerte de Nasar estuviera echada. Nadie preguntó si el dicho de la joven cuya honra se pretendía proteger con su ejecución era cierto o no. No hubo testimonios. No se cotejaron versiones. No reposa en la narrativa ningún rastro que permita suponer la existencia de un romance previo como el que en la trama real

en efecto existió entre Margarita Chica y Cayetano Gentile. En esencia no hubo nada de nada. En este proceso de facto todas las garantías le fueron negadas a la víctima, quien encontró la muerte a manos de los jueces que en cuestión de horas se convirtieron en sus verdugos, a la vez que en reclamantes de la justicia que al tiempo negaban.

Inevitablemente Santiago Nasar era culpable y estaba muerto desde antes de haber salido de su cama el día que lo mataron. Esta idea justifica la convicción de que *Crónica de una muerte anunciada* es una narrativa que reflexiona sobre la justicia y la manera en que se ejerce:

Por “justicia”, en un sentido más estricto o restringido, puede entenderse al menos tres cosas: en primer lugar, un valor jurídico que preside y está presente en cualquier ordenamiento jurídico; en segundo lugar, una organización jurisdiccional institucionalizada para hacer cumplir el Derecho; y en tercer lugar, una actitud de los juristas en general, que crean, interpretan y aplican el Derecho de acuerdo a ciertos parámetros (Ruiz, s.f., p. 3).

La justicia, vinculada al contexto estrictamente constitucional en cabeza de Santiago Nasar, simplemente devino en nula.

En el entramado legal que construye García Márquez, otras víctimas, ya no desde la mirada de lo penal sino desde la óptica de lo constitucional, aparecen ocupando el primer lugar, entre ellas Ángela Vicario y sus hermanas:

Ellas habían sido educadas para casarse. Sabían bordar con bastidor. Coser a máquina, tejer encaje de bolillo, lavar y planchar, hacer flores artificiales y dulces de fantasía y redactar esquelas de compromiso. [...] Salvo por eso, pensaba que no había hijas mejor educadas. Son perfectas le oía decir con frecuencia-. Cualquier hombre será feliz con ellas, porque han sido criadas para sufrir (García Márquez, 2014, p. 37).

Se destacan ciertas semejanzas de la narrativa que se examina con las descripciones de Gustave Flaubert (1821-1880) sobre el papel de la mujer en *Madame Bovary*:

En los primeros tiempos que Charles frecuentaba los Bertaux, su esposa no dejaba de informarse sobre el enfermo, e incluso eligió una bonita página en blanco del libro donde llevaba las cuentas de Monsieur Rouault. Pero cuando se enteró de que éste tenía una hija, buscó informarse; así supo que Mademoiselle Rouault, educada en el convento, con las ursulinas, había recibido, como suele decirse, *una buena educación*, que, en consecuencia, sabía danza, geografía, dibujo, hacer tapices y tocar el piano (Flaubert, 2014, p. 66).

A lo que agrega:

En cuanto a la mujer del farmacéutico, era la mejor esposa de Normandía, dulce como un cordero, cariñosa con sus hijos, con su padre, con su madre, sus primos, compasiva, ante las desgracias ajenas, eficaz en cuestiones domésticas, y enemiga de los corsés –pero tan lenta para moverse, tan aburrida de escuchar, de una aspecto tan común y de una conversación tan limitada que, jamás pensó, a pesar de ella tuviese treinta años y él veinte, que durmieran a una puerta de distancia, que él le hablara todos los días, que ella pudiese ser la mujer de alguien, o que de su sexo ella tuviera otra cosa más que el vestido (Flaubert, 2014, p. 171).

En contraste, ni una sola sílaba se dice del derecho a la educación de las hermanas Vicario. No hay mayores distinciones en lo demás. Nada se dice, por ejemplo, de la proscripción de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el que se incluye la elección de la manera en que las mujeres pueden ejercer su sexualidad. Simplemente la vida era así. Es desalentador el elemental cálculo temporal, pues no es mucho lo que va, en lo que a los derechos de género respecta, de lo que ocurría en la provincia francesa del siglo XIX, a lo que acontecía en la Colombia rural del siglo XX. A veces en cien años no es mucho lo que ocurre.

Así, *Crónica de una muerte anunciada* se convierte en una narrativa eficiente para ilustrar que las temáticas legales, en lo que al género respecta, revelan que las restricciones en

la vida de las mujeres resultan inversamente proporcionales a las libertades, estas sí sin límites legales o morales, de las que gozaban los hombres para el desarrollo de su personalidad. En realidad, lo que hace García Márquez es adelantarse a su tiempo a la hora de poner de presente la situación de la mujer, en general, y la de la provincia colombiana en particular, tema que solo sería corregido, al menos en la regulación, hasta el ocaso del siglo XX.

El honor de la mujer, considerado como una de sus virtudes más importantes, ha jugado un papel preponderante en su formación en todas las épocas; en el caso colombiano, a las mujeres se les inculcó de que en ellas residía el honor de la familia, el que se vería perjudicado si se dedicaban a llevar una vida sexual libre. El honor debía ir acompañado de la dignidad para poder soportar con decoro el difícil papel que la sociedad patriarcal imponía: soportar en silencio el duro trabajo que implicaba desempeñarse como ama de casa, madre y esposa, sin poder quejarse, soportando la presión que esto traía consigo (Aristizábal, 2005, p.120).

Desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional esta narrativa ha servido para ilustrar distintas cuestiones, principalmente las relativas a la prédica de asuntos que por las características que los preceden, es fácil pronosticar su desafortunado desenlace, de lo que resulta destacable la fortaleza del eje central de la trama.

Como en la novela *Crónica de una muerte anunciada* de Gabo, “El día en que lo iban a matar”; o mejor, en el que esta Corte mató al Estado de Derecho, me levanté a las 5:30 de la mañana del 2 de julio y el diario *El Tiempo* decía: “**No revisar sentencia que validó la reelección propone ponencia que estudia la Corte Constitucional**”. “Según Fuentes consultadas por EL TIEMPO, en el tribunal predomina la premisa de que sus sentencias hacen tránsito directo a cosa juzgada sin posibilidad de revisión”. Era obvio que el proyecto del Magistrado Escobar y la decisión se habían filtrado; y que los medios

conocían no sólo el sentido de la ponencia que se presentó a Sala Plena, sino la posición que adoptaría la mayoría de los Magistrados de esta Corte, situación que en concepto del suscrito magistrado no sólo atenta, sino que vulnera la dignidad, credibilidad y legitimidad de esta Corporación (Salvamento de voto del Mag. Araújo Rentería, al Auto 1658 de 2008. Decisión de Sala Plena del 2 de julio de 2008).

Lo afirmado es destacable, en tanto en el imaginario colectivo la utilización del poder de la narrativa garciamarquiana refiere inevitablemente a la fatalidad, lo cual en la construcción del diálogo legal se establece como una potente herramienta cuando el ciudadano acude en busca de ganarse el ánimo del juez en favor de la causa que alega, como se aprecia continuación:

Encuentra afectada la actividad laboral porque se abstendrán de venir a Colombia los circos con animales, que son generadores de empleo, aparte de ser el trampolín para perfeccionar el arte de los artistas colombianos. Recuerda que no son solo domadores los que trabajan en los circos, también hay payasos, equilibristas, malabaristas, magos, contorsionistas, vendedores, acomodadores, personal de planta, logística, electricistas, carpistas, entre otros, por lo que la falta de oportunidad para el circo tradicional generaría más que una Crónica de una muerte anunciada. Entiende que las leyes están para proteger a las minorías. La recreación y la cultura han sido ignoradas por un Estado que dice ser social de derecho, sin tener en cuenta que el circo en Colombia es el único espectáculo cultural que llega a los lugares más recónditos del país (Intervención ciudadana del señor Pedro Alfonso López. Sentencia C-283 de 2014 Mag. Palacio Palacio).

La construcción literaria inmersa en *Crónica de una muerte anunciada* se asocia indisolublemente a la violencia adherida, desde siempre, a la historia de Colombia. La manera en la que ello se expresa en el discurso legal hace pensar que la sola invocación de su nombre convierte cualquier situación en una premonición de la tragedia.

El tema anterior se encuentra íntimamente ligado al fracaso de los organismos de inteligencia del estado, ya que el hombre de la calle no entiende como cualquier periodista o candidato presidencial (recuérdese el caso de Pastrana cuando aspiraba a la presidencia y se entrevistó con el jefe de un grupo subversivo, al margen de la ley), saben dónde ellos están, llega hasta donde ellos están y sin embargo, los cientos de miembros de los órganos de inteligencia desconocen su paradero. ¿Qué ley o norma constitucional impide que los organismos de inteligencia descubran el paradero de los cabecillas de esos grupos y que luego la fuerza pública los capture? Este fracaso es patético, en el caso de los hechos del 7 de agosto, pues parodiando a nuestro premio Nobel (*Crónica de una muerte anunciada*), se ejecutó un ataque anunciado, se desplegaron cerca de 20.000 hombres para contrarrestarlo y sin embargo se realizó y este fracaso de los órganos de inteligencia no puede cobrársele a los ciudadanos limitándoles sus derechos humanos. Quien debe pagar el error son los responsables de los órganos de inteligencia, separándoles de sus cargos y no los ciudadanos que no lo cometieron. El propio decreto de conmoción reconoce, y confiesa, que los servicios de inteligencia no son efectivos (p. 3 del decreto. Sentencia C-802 de 2002. Mag. Córdoba Triviño).

Al igual que ocurre en la narrativa, la realidad se acompasa con la ficción y en ese orden de ideas, el discurso legal para ilustrar lo previsible que resultaba a los aparatos de seguridad del Estado el accionar terrorista, se acude entonces a la condición universal del texto con el fin de demostrar la irresistibilidad de lo nefasto.

El juez en su decisión parece decir que todos en el pueblo sabían que iban a matar a Santiago Nasar, luego todos, en el contexto de la decisión en cita, sabían que en un país que se encontraba en ese momento en medio de un conflicto armado, debían estar preparados para que el día de la posesión presidencial los grupos armados al margen de la ley adelantaran algún tipo de acto de terror. En otras palabras: todos deben saber que en contextos de violencia lo que puede salir mal saldrá peor.

Nótese que nuevamente en el discurso judicial, pese a los esfuerzos estatales documentados en la providencia, como en los intentos por desarmar a los Vicario que se describen en la novela media, está presente la noción de la imposibilidad de evitar lo inevitable.

Como se aprecia en las tres decisiones judiciales en cita, la apelación al contenido literario de *Crónica de una muerte anunciada* se signa por la idea de que el resultado trágico es ineludible, lo que a su vez remite a concluir que esta narrativa, por la fortaleza de su contenido, se afincó en el imaginario social al implicar el ámbito de lo judicial. En una especie de *Edipo* moderno, no es posible escapar del designio divino cuando los dioses se empeñan en dispensar la tragedia.

3.2.4 Conclusiones

1. *Crónica de una muerte anunciada* se construye sobre la idea de que el derecho y la justicia son una misma cosa y que al ser ello una verdad indiscutible, van de la mano. El acto justo, fundado o no en la razón, confiere en el imaginario la posibilidad de ejercer derechos que nadie ha adjudicado, sin importar que desde la perspectiva estrictamente jurídica lo que se considera éticamente permisible se lleve por delante el sistema de garantías de las que gozan, aun quienes presuntamente incurren en la violación que se pretende castigar.

El mundo de los Vicario, en términos de lego, de buenos y malos es: quien se roba el honor debe ser castigado, el que lo restituye merece redención.

El de la víctima, Nasar, es de grises: resulta ejecutado sin haber sido hallado culpable por la falta que se le imputa; en lo que la influencia kafkiana derivada de *El proceso* se convierte en referencia obligada. Al final Josef K. es cualquiera que sea víctima de un atropello en el que, en la condición de acusado sea objeto de la justicia formal o, de hecho, en detrimento de las garantías razonadas y razonables que el ordenamiento jurídico otorga a todos por igual.

2. Las miradas que se pueden derivar de las problemáticas de género inmersas en *Crónica de una muerte anunciada* trascienden de lejos, y por mucho, el predicado simple de que esta narrativa es una exaltación del machismo. Por el contrario, si bien es cierto que hasta en las nominaciones las mujeres garciamarquianas son poéticas (Ángela, Divina Flor) y a ello se atribuye en parte su debilidad, el panorama que desde el punto de vista de igualdad se ofrece es tan desolador que no queda más que reivindicar el derecho de las mujeres a desarrollar su personalidad. La tragedia de Ángela Vicario es la de la sanción moral signada por la virginidad perdida que más de medio siglo después no reconoce fronteras ni contextos sociales.

De hecho, las deficiencias del ordenamiento vigente de la Constitución de 1886, trata de corregirlas el constituyente de 1991 con un artículo del siguiente tenor aún en vías de apropiación social:

Artículo 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. [...]. (Constitución Política de Colombia de 1991).

En armonía con lo anotado por Antonio Cancino en el apartado anterior, García Márquez litiga en todas las causas. En este caso desborda argumentos en favor del reconocimiento de la mujer no solo en cuanto a derechos, también en cuanto a existencia, dignidad y realidad, lo que no resulta menor si se considera que la equidad de género en el mundo es una obra en construcción.

4. Conclusiones finales

En carta dirigida a Francisco Navarro Ledesma (1869-1905) Ángel Ganivet (1865-1898) sentencia que “el Abogado, por el

hecho de serlo, es una bestia nociva para el Arte” (Ossorio, 2007, p. 127). Pareciera que a pesar de la evidencia que prueba la intersección que existe entre derecho y literatura, abrumadora, por cierto, el jurista que se precie de serlo se encuentra condenado a morir con el alma pegada al vericuetto de un inciso cuando en realidad tal desperdicio es por demás innecesario:

¿Novela? ¿Versos? Sí. Novela y versos. Esa es la gimnástica del sentimiento y del lenguaje. Se puede vivir sin mover los brazos ni las piernas, pero a los pocos años de tan singular sistema los músculos estarán atrofiados y el hombre será un guiñapo. Pues lo mismo ocurre con el orden mental. La falta de lectura que excite la imaginación, amplíe el horizonte ideal y mantenga viva la renovada flexibilidad del lenguaje, acaba por dejar al Abogado muerto en sus partes más nobles, y le reduce a una ley de Enjuiciamiento con figura humana, a un curialete con título académico (Ossorio, 2007, p. 137).

El argumento de Ángel Ossorio (1873-1946), expresado hace ya casi cien años, apunta a una primera conclusión que a efectos de este ejercicio se torna definitiva: el derecho por sí solo no basta. No resulta suficiente para explicarse a sí mismo. Necesita de la literatura para hacerse comprender y para interactuar de mejor manera con la sociedad cuyas actuaciones, activas o pasivas, pretende regular.

En consecuencia, la narrativa se convierte en un recurso especialmente valioso para construir el discurso legal, bien porque es instrumental al propósito pedagógico que por su naturaleza entraña la decisión judicial, bien porque nutre el contenido de la misma desde lo sustancial, permitiendo que la argumentación jurídica que en ella se expresa se fortalezca con elementos que trascienden en ocasiones la sobrevaluada órbita de lo técnico.

La narrativa garciamarquiana, expresada en *Crónica de una muerte anunciada* y *El coronel no tiene quien le escriba*, facilita de forma determinante el diálogo entre los mundos jurídico y literario, no solo porque de la mano del *realismo mágico*

habilita una suerte de *realismo jurídico* que se expresa en la observancia de las reglas de *lo legal* que resultan aplicables al contexto en el que dichas tramas se desarrollan, sino porque al encontrarse engastadas en el alma colectiva, ilustran, y en eso su sola mención resulta suficiente, la fatalidad propia de los contextos en los que la justicia deviene en nula, por lo menos en lo que al contexto colombiano se refiere, sea porque no llega, sea porque al ser tomada por mano propia es causa eficiente de la tragedia.

Si bien desde el punto de vista académico no se aprecia sustento para afirmar que las novelas de García Márquez influyeron en el ánimo de los constituyentes de 1991, resulta evidente que muchos de los defectos históricos denunciados en estas narrativas fueron objeto de preocupación para los responsables de componer, metafóricamente hablando, la partitura constitucional del país, al punto que no existe, y ello sí es comprobable, aspecto denunciado por el autor en su obra que no encontrara remedio normativo en el texto fundamental en lo que convierte a esta literatura, en términos de Magris, en una visión “innovadora, conmovedora y amenazadora [de la] persecución entre la vida y la ley” (Magris, 2008, p. 61).

No deja de sorprender que veintisiete años después de creada la Corte Constitucional colombiana, la narrativa garciamarquiana referida principalmente a dos de sus novelas más notables sea tan escasamente citada. Cinco casos en total, entre miles y miles en los que se discuten derechos pensionales, al debido proceso, a la presunción de inocencia y a la igualdad dan testimonio de que la jurisprudencia colombiana, a diferencia de la definición de “Jhering «obra de arte, ella crea, inventa, organiza” (Magris, 2008, p. 61), en el sentido que se examina desafortunadamente se queda corta.

Peter Häberle (1934), uno de los juristas más relevantes en el ámbito de la teoría constitucional contemporánea sostiene:

La literatura como tal conlleva una buena parte de corresponsabilidad en los procesos culturales que configuran el Estado constitucional, sea cual fuere la forma

en la que se manifieste; es decir, ya sea admitiéndolos unánimemente o contradiciéndolos, con sus críticas, o provocando incluso hasta su propio rechazo, con reflexiones generales o con retazos de utopía en concreto, y todo ello cuando menos o tan solo en parte a través de una actitud de oposición fundamental al sistema, cuando dicho «sistema» sea un ordenamiento de las libertades. Justamente porque el Estado constitucional carece de recurso alguno para forzar su aprobación es por lo que se halla en situación de dependencia a largo plazo también de la «libre aprobación» de sus literatos (Häberle, 2000, p. 57).

En otras palabras, lo que Häberle sostiene es que la manera en la que se narran los textos fundamentales en cada sociedad permite apreciar los valores en que se sustentan resumiendo el contenido del alma colectiva en momentos históricos concretos. Al tiempo enseña que la actitud de *oposición al sistema* complementa el proceso de construcción del texto legal introduciendo contenidos que, en ocasiones particulares, contribuyen a mejorar la sociedad.

En el caso colombiano la norma fundamental de 1991 señala en su preámbulo:

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, [...] (Constitución Política de Colombia, 1991).

Si se mira bien, el texto en cita no hace nada distinto que recoger el clamor que en las narrativas comentadas pregona García Márquez: *El derecho a la vida* que se les arrebató a Santiago Nasar y a Agustín, hijo del coronel, víctimas noveladas de la inveterada violencia local. *La convivencia* fracturada en el

pueblo anónimo, en el que expresar pensamientos disidentes se castiga con la pena formal de prisión o con la no reglada muerte y en la que ir al cine es casi un acto de sedición. *La igualdad* proscrita para las mujeres por cuenta de la fuerza de las costumbres y de los prejuicios ancestrales. Y por supuesto *la justicia*, para que no sea necesario avanzar en la enumeración de los fines perseguidos por la poética constitucional, que se extraña por su ausencia desde la primera hasta la última hoja de estas *narrativas breves* que terminan por ser a cuenta de esta circunstancia: interpretaciones jurídicas de la realidad.

4. Referencias bibliográficas

- Alarcón, O. (18 de mayo de 2015). Las constituyentes. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/opinion/las-constituyentes-columna-561212>.
- Alemaný, C. (2009). *La narrativa de la alteridad en América Latina (a partir del boom)*. Sevilla: ArCiBel.
- Aristizábal, P. (2005). *Panorama de la narrativa femenina en Colombia en el siglo XX*. Cali. Universidad del Valle.
- Bunge, M. (1960). *Filosofar científicamente y encarar la ciencia filosóficamente*. Recuperado de http://fisica.ciencias.uchile.cl/~gonzalo/uploads/Docencia/Bunge_ciencia.pdf.
- Cancino Moreno, A. J., Cancino González, I. & Teleki, J. D. (2005). *El Derecho Penal en Macondo*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, Academia Colombiana de la Abogacía, Universidad Externado de Colombia, Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá y Cundinamarca.
- Ceberio, J. (1 de mayo de 1981). Crónica de una muerte anunciada es mi mejor novela. Recuperado de https://elpais.com/diario/1981/05/01/cultura/357516008_850215.html.
- Díaz, Á. (2015) *Gabriel García Márquez: Cien años de eternidad*. Madrid: Verbum.
- Fuentes, C. (1993). *Geografía de la novela*. México. Alfaguara.
- Flaubert, G. (2014). *Madame Bovary, Costumbres de Provincia*. Buenos Aires: Eterna Cadencia.

- Gamboa, S. (2001). Prólogo. En García Márquez, G. (2001), *Crónica de una muerte anunciada*. Madrid, España: *El Mundo*. Recuperado de <http://biblio3.url.edu.gt/Libros/cromuerte.pdf>
- García, L. & De Fazio, F. (2015). *'Teoría pura del derecho', de Hans Kelsen*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/administrativo-y-contratacion/teoria-pura-del-derecho-de-hans-kelsen>
- García Márquez, G. (2002). *Vivir para contarla*. Barcelona. Penguin Random House.
- García Márquez, G. (2007). *Cien años de soledad*. Bogotá: Norma.
- García Márquez, G. (2014a). *El amor en los tiempos del cólera*. Colombia. Penguin Random House.
- García Márquez, G. (2014b). *Crónica de una muerte anunciada*. Colombia. Penguin Random House.
- García Márquez, G. (2016). *El coronel no tiene quien le escriba*. Colombia: Penguin Random House.
- Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos.
- Kant, I. (2002). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.
- Liévano Aguirre, I. (2002). *Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*. Bogotá: Intermedio Editores.
- Lleras de la Fuente, C. & Tangarife, M. (1996). *Constitución Política de Colombia, Origen, Evolución y Vigencia*. Bogotá: Dike.
- Magris, C. (2008). *Literatura y derecho ante la ley*. México: Sexto Piso.
- Mari, E. E. (2015). Derecho y Literatura. Algo de lo que se puede hablar pero en voz baja. En Roggero, Jorge (compilador). *Derecho y Literatura. Textos y Contextos*. Buenos Aires. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Eudeba.
- Mendoza, P. (1982). *El olor de la guayaba, Conversaciones con Gabriel García Márquez*. Bogotá: La Oveja Negra.
- Narváez, J. R. (2017). *Derecho y literatura. Una alianza que subvierte el orden*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ossorio, A. (2007). *El alma de la toga*. Valladolid: Maxtor

- Oxford University Press. (2018). *Oxford Dictionaries*. Recuperado de <https://www.oxforddictionaries.com/>
- Pardo Motta, D. (2008). *Laureano Gómez y su proyecto de reforma constitucional (1951-1953)*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Pardo Rueda, R. (2004). *La historia de las guerras*. Bogotá: Ediciones B. Colombia S.A., para el sello Javier Vergara Editor.
- Piedrahita, C. R. (1995) *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, Universidad Externado de Colombia.
- Rama, Á. (2005). *El boom en perspectiva*. Signos Literarios 1. Recuperado de <http://signosliterarios.izt.uam.mx/index.php/SLIT/article/download/807/776>
- Ruiz, M. (s.f.) *El mito de la justicia: entre dioses y humanos*. Recuperado de <http://www.uv.es/cefd/11/ruiz.pdf>.
- Real Academia Española. (2011). *Diccionario de la lengua española*.
- Revista Semana (13 de octubre, 2007). Yo me llamo Bayardo San Román. Entrevista a Miguel Reyes Palencia. *Revista Semana* 1328. Recuperado de <https://www.semana.com/gente/articulo/la-verdadera-historia/88772-3>
- White, J. B. (2015). Derecho y Literatura: Un no manifiesto. En Roggero, J. (compilador). *Derecho y Literatura. Textos y Contextos*. Buenos Aires. Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Eudeba.
- Sófocles. (2014). *Antígona*. Recuperado de <https://dramaticas.una.edu.ar/assets/files/file/artes-dramaticas/2014/2014-ad-una-cpu-2015-texto-antigona-sofocles.pdf>
- Soto Hoyos, J. F. (2014) Jurisprudencia literaria en Colombia: los usos de la literatura en las decisiones judiciales. *Revista Summa Iuris*, (2) (2) 217 a 251.
- Vargas Llosa, M. (1971). *García Márquez: historia de un deicidio*. Barcelona: Barral Editores.

Providencias Judiciales en cita

República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de marzo de 1998. Consejero Ponente. Orjuela Góngora.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-761 de 2009. Mag. Henao Pérez.

República de Colombia, Corte Constitucional. Salvamento de voto del Mag. Araújo Rentería, al Auto 1658 de 2008. Decisión de Sala Plena del 2 de julio de 2008.

República de Colombia, Corte Constitucional. Aclaración de voto Mag. Palacio Palacio. Sentencia SU-288 de 2015. Mag. González Cuervo.

República de Colombia, Corte Constitucional. Intervención ciudadana del señor Pedro Alfonso López. Sentencia C-283 de 2014 Mag. Palacio Palacio.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2002. Mag. Córdoba Triviño.

Normas en cita.

1. Constitución Política de Colombia 1886.
2. Constitución Política de Colombia 1991.
3. Código Civil colombiano, ley 57 de 1887.

La violencia contra las mujeres en el marco del terrorismo de Estado en Argentina¹

Violence against women in the framework of State terrorism in Argentina

Violência contra as mulheres no contexto do terrorismo de Estado na Argentina

Violence contre les femmes dans le contexte du terrorisme d'État en Argentine

María Cecilia Rita Villegas² | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 251-265

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e220>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8740-4723>

Recibido: 29/09/2018

Recibido con modificaciones: 15/10/2018

Aprobado: 15/11/2018

Resumen: Un 30 por ciento de las víctimas del terrorismo de Estado ejercido por la dictadura cívico militar instaurada en Argentina a partir del 24 de marzo de 1976 fueron mujeres, según los datos recabados por la CONADEP (CONADEP, 1991, p. 294). La violencia sistemática sufrida por las mujeres en los centros clandestinos de detención de aquellos años fue específica, sistemática y planificada, tuvo claras intenciones, partió de estereotipos de género, y los profundizó en nuestra sociedad. Los delitos contra la integridad sexual de las víctimas cometidos por los

¹ Seminario: Violencia contra las Mujeres y las Niñas. Diplomado en Género y Justicia Profesora Coordinadora: Susana Chiarotti. Año 2018.

² Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, integrante del Ministerio Público de la Nación.

represores no fueron considerados partes del plan sistemático contra la población, en el marco de la persecución política e ideológica desatada en esos años, si no como hechos aislados. Recién en 2010, la violencia sexual, en este contexto, fue tratada como delito de lesa humanidad. Los objetivos de mi propuesta serán identificar los distintos estereotipos de género presentes en el referido accionar del Estado, determinar si dichos estereotipos siguen vigentes en la actualidad, analizar las causas por las cuáles la violencia contra las mujeres durante el terrorismo de Estado quedó invisibilizada en el sistema judicial argentino, y por último examinar los avances del Estado Argentino en la materia con posterioridad a las recomendaciones efectuadas en 2010 por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de la CEDAW.

Palabras claves: Terrorismo de Estado; violencia contra mujeres; estereotipos de género.

Abstract: According to data collected by CONADEP (CONADEP, 1991, p. 294), 30 percent of the victims of state terrorism by the civic-military dictatorship established in Argentina on March 24, 1976, were women. The systematic violence suffered by women in the clandestine detention centers of those years was specific, systematic and planned, had clear intentions, was based on gender stereotypes, and deepened them in our society. The crimes against the sexual integrity of the victims committed by the repressors were not considered part of the systematic plan against the population, within the framework of the political and ideological persecution unleashed in those years, but rather as isolated events. It was not until 2010 that sexual violence, in this context, was treated as a crime against humanity. The objectives of my proposal will be to identify the different gender stereotypes present in the State's actions in question, to determine whether those stereotypes are still valid today, to analyse the reasons why violence against women during State terrorism became invisible in the Argentine judicial system, and finally to examine the progress made by the Argentine State in this area following the recommendations made in 2010 by the Human Rights Committee and the CEDAW Committee

Keywords: State terrorism; violence against women; gender stereotypes.

Resumo: 30 por cento das vítimas do terrorismo de Estado exercido pela ditadura cívico militar na Argentina a partir de 24 de março, 1976

eram mulheres, de acordo com dados coletados pela Comissão em Disappeared (CONADEP, 1991, p. 294). A violência sistemática sofrida pelas mulheres nos centros de detenção clandestinos daqueles anos foi específica, sistemática e planejada, tinha intenções claras, partiu de estereótipos de gênero e aprofundou-os em nossa sociedade. Crimes contra a integridade sexual das vítimas cometidos pelos repressores não foram considerados parte de um plano sistemático contra a população no contexto da perseguição política e ideológica desencadeada naqueles anos, se os eventos não como isoladas. Somente em 2010, a violência sexual, nesse contexto, foi tratada como um crime contra a humanidade. Os objetivos da minha proposta vai identificar os diferentes estereótipos de gênero presentes na referida ação do Estado, se tais estereótipos ainda são válidas hoje, analisar as razões pelas quais a violência contra as mulheres durante o terrorismo de Estado permaneceu invisível no Sistema judicial argentino e, por fim, examinar o progresso do Estado argentino na matéria, após as recomendações feitas em 2010 pela Comissão de Direitos Humanos e pelo Comitê da CEDAW

Palavras Chaves: Terrorismo Estatal; violência contra as mulheres; estereótipos de gênero

Résumé: 30 pour cent des victimes du terrorisme d'État exercé par la dictature civilo-militaire établie en Argentine le 24 mars 1976 étaient des femmes, selon les données recueillies par la CONADEP (CONADEP, 1991, p.294). La violence systématique subie par les femmes dans les centres de détention clandestins de ces années était spécifique, systématique et planifiée, avait des intentions claires, partait de stéréotypes sexistes et les avait approfondis dans notre société. Les crimes contre l'intégrité sexuelle des victimes commis par les oppresseurs n'étaient pas considérés comme faisant partie du plan systématique contre la population, dans le cadre de la persécution politique et idéologique déclenchée au cours de ces années, sinon comme des incidents isolés. Ce n'est qu'en 2010 que la violence sexuelle, dans ce contexte, a été traitée comme un crime contre l'humanité. Les objectifs de ce travail seront d'identifier les différents stéréotypes de genre présents dans les actions susmentionnées de l'État, de déterminer si ces stéréotypes sont toujours valables aujourd'hui et d'analyser les raisons pour lesquelles la violence à l'égard des femmes pendant le terrorisme d'État a été dissimulée dans le système judiciaire argentin. Enfin, examinez les progrès de l'État argentin

en la matière conformément aux recommandations formulées en 2010 par le Comité des droits de l'homme et le Comité de la CEDAW.

Mot-clés: Terrorisme d'État; violence contre les femmes; stéréotypes de genre.

I. Introducción

Un 30 por ciento de las víctimas del terrorismo de Estado ejercido por la dictadura cívico militar instaurada en Argentina a partir del 24 de marzo de 1976 fueron mujeres, según los datos recabados por la CONADEP (CONADEP, 1991, p. 294). La violencia sistemática sufrida por las mujeres en los centros clandestinos de detención de aquellos años fue específica, sistemática y planificada, tuvo claras intenciones, partió de estereotipos de género, y los profundizó en nuestra sociedad. Los delitos contra la integridad sexual de las víctimas cometidos por los represores no fueron considerados partes del plan sistemático contra la población, en el marco de la persecución política e ideológica desatada en esos años, si no como hechos aislados. Recién en 2010, la violencia sexual, en este contexto, fue tratada como delito de lesa humanidad.

Los objetivos de mi propuesta serán identificar los distintos estereotipos de género presentes en el referido accionar del Estado, determinar si dichos estereotipos siguen vigentes en la actualidad, analizar las causas por las cuáles la violencia contra las mujeres durante el terrorismo de Estado quedó invisibilizada en el sistema judicial argentino, y por último examinar los avances del Estado Argentino en la materia con posterioridad a las recomendaciones efectuadas en 2010 por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de la CEDAW.

II. Gobiernos militares y terrorismo de Estado

Durante el siglo XX, en la República Argentina se impusieron seis golpes de Estado - 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976-.

Siguiendo a Duhalde (2013, p. 18) destaco que los golpes militares anteriores al de 1976 dieron lugar a gobiernos militares clásicos, de carácter transitorio. El régimen militar instaurado a partir de 1976 se basó en una elaborada teoría que configuró el Estado Terrorista y su faz clandestina permanente. No se trataba ya sólo del Estado militarmente ocupado, donde se establecía un manejo discrecional del aparato del Estado, abrogando derechos y libertades civiles, sino de un profundo cambio en la concepción del Estado, un verdadero nuevo Estado de excepción. El terrorismo de Estado se basó en el crimen sistemático - el terror como forma de disciplinamiento del conjunto social.

III. Estereotipos de género en el discurso del terrorismo de Estado

Partiré de la definición de estereotipo, para luego analizar los vigentes en el discurso del terrorismo de Estado.

“Un estereotipo es una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir” (Cook y Cusack, 2010, p. 11).

Los estereotipos de género actúan reproduciendo la asimetría estructural existente entre hombres y mujeres, que tiene su origen en el sistema patriarcal imperante en nuestro país, que parte de una tajante diferencia entre el espacio público y el privado, y en la adjudicación de un rol secundario para la mujer, relegada siempre a este último y, por ende, subordinada al hombre. Desde esta jerarquización asimétrica de los roles, se desprenden las distintas formas de subordinación y discriminación, y como lógica consecuencia la violencia contra las mujeres.

El terrorismo de Estado se propuso garantizar un capitalismo patriarcal y para ello agudizó los estereotipos ya existentes en nuestra sociedad. Ante el incipiente nuevo modelo femenino que surgía tímidamente en nuestro país en las décadas del 60 y 70, postulando el trabajo remunerado como realización

personal de la mujer, la aceptación de la sexualidad femenina pre matrimonial y la desacreditación de la condición de ama de casa, el terrorismo de Estado propuso un regreso a los valores tradicionales. Para ello profundizó el rol de la mujer de ama de casa, madre y esposa, remarcándose su función reproductiva, doméstica y de cuidado. El discurso del terrorismo de Estado exacerbó el modelo de mujer garante de la unidad familiar, célula básica de la sociedad. El único ámbito propio para la mujer era el privado. Asimismo ahondó en la dicotomía virgen o prostituta, resignificándola en la dicotomía modelo mariano -virgen María/virgen de Luján- o mujer subversiva -militante política y social. (D´Atri, 2011).

Aucia (2011) encuentra una correlación establecida por el patriarcado entre mala madre, madre abandonica y militante política y social. Describe que para el terrorismo de Estado la mujer víctima de represión era una mujer doblemente transgresora, -de los valores sociales y políticos tradicionalmente constituidos, y del ámbito de lo privado /doméstico, avanzando sobre el espacio público/político, hasta entonces reservado a los hombres.

Delmas (2016) señala que en ese período la representación que se hizo de las mujeres militantes, sindicales, políticas, de organizaciones armadas, fue la de libres y sexualmente activas, malas madres, malas esposas y malas amas de casa. Por ello uno de los insultos más utilizados fue el de “putas”. La otra representación, conservadora y represiva sostenida desde la moral católica, fue la de mujeres heteronormativas, monogámicas, reducidas a la vida privada y a funciones de cuidado y de reproducción, siempre sometida a la autoridad masculina.

IV. La violencia contra las mujeres

Como ya adelanté la violencia sistemática sufrida por las mujeres en los centros clandestinos de detención fue específica, sistemática y planificada. Los métodos represivos fueron distintos para las mujeres, además de las torturas sufrieron violencia

sexual al decir de Aucia (2011) con carácter rutinario y extendido, con el objetivo principal de disciplinarlas en sus identidades de género. La finalidad fue someter al poder patriarcal manifestado en un orden sexual y político, imprimiendo identidades femeninas en esos cuerpos y castigarlos por haberse apartado de los roles asignados por las relaciones binarias de género. Diferente fue el caso de las agresiones sexuales hacia hombres, en las que el objetivo fue degradarlos y disminuir su status de par en tanto varón, dejándolos en un lugar feminizado y subordinado, como lo es la posesión sexual por un hombre, en la perspectiva patriarcal.

Segato (2012) marca la contradicción existente en pretender resolver los problemas de la agresión a la mujer en la esfera de lo público, en el mismo Estado que privatiza lo sexual, la familia, y por ende, los problemas de las mujeres. El Estado privatiza la familia, la conyugaliza, la transforma en el terreno de la propiedad, de la autoridad privada. La mujer es entonces, mucho más vulnerable y para contrarrestar esa vulnerabilidad incorpora legislación que ya está legislando contra la vulnerabilidad de la mujer que crece a la par del avance de la racionalidad moderna del Estado. En este esquema los temas de género y de violencia sexual quedan en una oscuridad. Esa confusión se origina en la atmósfera patriarcal en la que vivimos, donde lo patriarcal tiene que ver con la moral y con lo privado. Si bien la violencia sexual es básicamente una forma de agresión a la persona, en nuestra sociedad se impuso como una agresión moral. La confusión entre la dimensión moral y la dimensión puramente bélica de la agresión sexual, impide actuar pensar soluciones para la cuestión de la violencia de género. Ante esto Segato propone como primer paso entender que la agresión sexual es una agresión entre muchas otras, que no destruye moralmente, sino físicamente. Afirmar que la agresión sexual es una forma de tortura como cualquier otra, es una forma de destrucción del cuerpo como cualquier otra, es una destrucción de la autonomía como cualquier otra, y no una destrucción moral de la persona. La construcción actual de la agresión sexual a las mujeres no

sólo tiene que ver con el eje agresor-agredida, sino también con el eje del agresor y sus pares. Por medio del cuerpo de la mujer agredida sexualmente, se produce una agresión a la moral de los hombres, con quienes esta mujer agredida mantiene una relación de dependencia.

V. La invisibilización de la violencia contra las mujeres durante el terrorismo de Estado en el sistema judicial argentino

Históricamente el sistema judicial argentino consideró de poca importancia la investigación de delitos sexuales, lo que demuestra la discriminación por género existente, si consideramos que la mayoría de las víctimas son mujeres (Paolini Pecoraro 2011). Conclusión aplicable también a la investigación de violencia sexual denunciada en causas de lesa humanidad.

El Código Penal Argentino, asimismo, exige para la investigación de estos delitos la denuncia de la víctima, requisito que se convirtió en un verdadero obstáculo en el marco de las causas de lesa humanidad.

En los testimonios brindados ante organismos de derechos humanos, en sede judicial o ante la CONADEP, existieron referencias a la violencia sexual ejercida por el terrorismo de Estado. Sin embargo este accionar quedó subsumido en la figura de tormentos o tortura. Corresponde destacar que en los primeros juicios a los represores pareciera apreciarse la supremacía de una identidad militante por sobre la identidad de género de las víctimas.

Balardini Oberlin y Sobredo (2016) explican que en la década del 80 el objetivo general fue probar la represión ilegal. Este enfoque opacó las vivencias individuales que, como los casos de violencia contra las mujeres, quedaron en un claro segundo plano frente a la dimensión amplia del plan sistemático de desaparición y exterminio. Las autoras también reseñan que la falta de sensibilización de los operadores judiciales respecto a estos temas fue otro obstáculo para la judicialización.

En general al prestar declaración testimonial no se les preguntó a las víctimas si existió violencia sexual, cosa que si se hizo respecto de otros delitos (robos, torturas, ingresos violentos a sus domicilios, etc). En los procesos penales en que las víctimas declararon haber padecido agresiones sexuales, estas denuncias fueron efectuadas de manera espontánea por quienes las sufrieron. Otro obstáculo fueron los niveles de autoría. Estos delitos fueron de los denominados de mano propia y la doctrina mayoritaria le adjudicó por ello la imposibilidad de otras formas de autoría (mediata y coautoría, ya sea paralela o por reparto funcional de tareas).

VI. Las recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos y de la CEDAW de 2010 y el avance de la visibilización de los delitos sexuales durante la dictadura

En el año 2010, dos Comités de Naciones Unidas -de Derechos Humanos y de la CEDAW- emitieron recomendaciones que obligaban al Estado a incorporar la perspectiva de género en el juzgamiento de las violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura.

Hasta el año 2010 la violencia sexual desplegada por el terrorismo de Estado quedó reducida a la categoría de delito común y por ello, prescriptible. Como señala Chiarotti (2012) en abril de ese año, por primera vez se incluyó la violencia sexual como parte de un plan sistemático de tortura contra las mujeres víctimas, cuando el Tribunal Oral Federal de Santa Fe condenó al ex agente de inteligencia del Ejército Argentino, Horacio Barcos, a 15 años de prisión por secuestro, privación ilegal de la libertad y torturas. No se reconoció la violencia sexual como delito autónomo. de las torturas. Ese mismo año en la ciudad de Mar del Plata se juzgó a Gregorio Rafael Molina, ex suboficial de la Fuerza Aérea. Molina fue condenado a prisión perpetua por, entre otros delitos, cinco violaciones agravadas y una tentativa. Las víctimas eran dos detenidas. Molina fue autor directo de las violaciones. En este caso, la violencia sexual fue planteada

de forma autónoma al resto de los tormentos. En Tucumán, también en ese año se dicta procesamiento en la Causa Arsenales Miguel de Azcuénaga, en la que se investigan abusos sexuales y violaciones. En esta causa se procesa por responsabilidad mediata en base a la teoría del dominio del hecho, aclarándose que la no individualización del o los autor/es material/es de los delitos sexuales, no impediría analizar la existencia de otras formas de participación criminal. También en Tucumán, en el año 2011, en la causa Penal de Villa Urquiza, se declaró que las mujeres alojadas en ese Penal durante la vigencia del terrorismo de Estado habrían sido víctimas de actos que califican como las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer (art. 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará), ordenando al Ministerio Público Fiscal su investigación. En esa causa se habló de autoría mediata de varios delitos, entre ellos violación sexual agravada en grado reiterado, calificando los delitos en el delito internacional de genocidio, al tenor de la normativa internacional vigente al momento de los hechos. También en 2011 la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, en los Autos Menéndez y otros, falló que en el caso argentino se dan todos los requisitos necesarios como para considerar a los ataques sexuales contra las mujeres detenidas como delitos de lesa humanidad. Estos delitos fueron imputados en base a la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Por resolución PGN N° 557/12 la Procuración General de la Nación emitió un instructivo a los y las fiscales del país, elaborado por para que tengan en consideración el documento elaborado por la Unidad Fiscal de Coordinación y Seguimiento de las causas por violaciones a los derechos humanos cometidos durante el terrorismo de Estado, *Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado*. En este se concluye que los abusos sexuales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil son crímenes contra la humanidad, sin depender de la frecuencia, sistematicidad o generalidad con que hayan ocurrido. También señala que estos hechos deben

calificarse de acuerdo a las figuras que el Código Penal prevé específicamente. no resultando correcto subsumirlos como tormentos. Así mismo se analizan cuestiones relativas a la autoría y participación, concluyendo que los abusos sexuales no pueden catalogarse como delitos de propia mano ya que admiten las mismas formas de autoría y participación que otros delitos como por ejemplo el homicidio y los tormentos. En cuanto al requisito de instancia privada, se considera que en aquellos casos en que las víctimas no sobrevivieron, debe tenerse por configurada una de las excepciones previstas a dicho requisitos.

Asimismo por resolución PGN N° 3655/15 la Procuración General de la Nación recomendó a los y las fiscales que intervengan en investigaciones sobre violaciones a derechos humanos la observancia de la *Guía para los Ministerios Públicos del Mercosur para la interpretación y aplicación de los tratados de asistencia jurídica mutua en asuntos penales relativos a casos de graves violaciones a los derechos humanos* y la *Guía de actuación para los Ministerios Públicos en la investigación penal de casos de violencia sexual perpetrados en el marco de crímenes internacionales, en particular de crímenes de lesa humanidad*, adoptadas por la XVII y la XVIII Reunión Especializada de Ministerios Públicos del Mercosur y Estados Asociados. En esta última los Ministerios Públicos acordaron incorporar la perspectiva de género y el enfoque interseccional en la investigación de este tipo de delitos, se estableció la obligación de investigarlos de manera seria, imparcial y efectiva, encuadrándolos en los delitos sexuales específicos, garantizando su visibilidad, e impulsando la persecución penal para imputar a todos los responsables, cualquiera sea su forma de participación y niveles de autoría en la que hayan intervenido. Asimismo se comprometen a promover las medidas necesarias para brindar una reparación integral a las víctimas de violencia sexual conforme es definida por el derecho internacional de los derechos humanos.

Por último en el año 2016 la Dirección General de Políticas de Género y la Dirección General de Derechos Humanos

del Ministerio Público Fiscal elaboró el documento *Aportes del Ministerio Público Fiscal para la actualización del VII Informe Periódico del Estado argentino ante el Comité de la CEDAW*. En él se destaca que desde el año 2010 se dictaron 18 sentencias con condenas por crímenes de violencia sexual (17 sentencias definitivas de tribunales orales federales de distintas regiones del país, y una de la Cámara Federal de Casación Penal). Al mes de octubre de 2016 fueron condenadas 78 personas (76 hombres y 2 mujeres) por delitos sexuales y aborto forzado por los casos de 63 víctimas (57 mujeres y 6 hombres). En cuanto a la forma de autoría y participación atribuida, solo el 13% de los condenados lo fue a título de autor directo. Con relación a las medidas de reparación a víctimas de estos delitos se destaca la causa Metán del año 2014, donde se condenó a un imputado como autor mediato y otros dos imputados como autores materiales del delito de violación sexual reiterada contra una niña que había sido sometida a esclavitud sexual y luego fue vendida a un hombre. En la sentencia se hizo lugar a la demanda civil interpuesta por la víctima, y se fijó una indemnización por los rubros de terapia y medicamentos hasta el total restablecimiento de su salud psíquica; daño moral; pérdida de chance laboral; daño psíquico y daño al proyecto de vida. La reparación a las víctimas es la gran deuda pendiente del Estado Argentino.

En el año 2016 los Comités de Derechos Humanos y de la CEDAW emitieron nuevas observaciones, en las que remarcan la existencia de estereotipos de género sobre los roles de las mujeres en la familia. El Comité de Derechos Humanos indicó que el Estado parte debe redoblar sus esfuerzos para eliminar los estereotipos de género sobre el papel y las responsabilidades de los hombres y de las mujeres en la familia y en la sociedad. El Comité CEDAW manifestó que sigue preocupado sobre la persistencia de estereotipos discriminatorios sobre las funciones y responsabilidades de mujeres y hombres en la familia y en la sociedad, las formas de discriminación que se cruzan así como sobre la arraigada cultura de *machismo* en Argentina, que apuntala la discriminación y la violencia de género contra

la mujer, como así también las barreras institucionales que enfrentan las mujeres dado los estereotipos discriminatorios, prejuicios judiciales y conocimiento limitado sobre los derechos de la mujer que ostentan la judicatura y la policía.

VII. Conclusiones

Sin dudas, la falta de investigación y de castigo a los responsables directos e indirectos de la violencia sexual perpetrada contra las mujeres en el marco del terrorismo de Estado facilita y legitima la reproducción de la violencia y de los estereotipos que la generan desde entonces y hasta la actualidad.

Dichos estereotipos estuvieron presentes en los motivos y en la modalidad de la violencia contra las mujeres, como así también en la respuesta del sistema judicial a la misma. Si bien ya existían en la sociedad argentina en los años 70, fueron profundizados por el terrorismo de Estado, persistieron en los juzgamientos de esos delitos y se encuentran presentes en la sociedad actual. Su vigencia garantiza la naturalización de la violencia contra las mujeres y la reproduce. La asimilación de la mujer al ámbito privado, la asunción de los roles domésticos y de cuidado, son patrones que tiene aún una vigencia indiscutible. Los informes del Comité de Derechos Humanos y de la CEDAW de 2016 dan cuenta de la subsistencia de los mismos.

Puedo concluir, de este modo, que existe un vínculo entre la impunidad de la que gozó la violencia contra las mujeres durante el terrorismo de Estado y los niveles de violencia hacia las mujeres actuales. Que recién en el año 2010 se haya podido considerar este tipo de delitos como de lesa humanidad da cuenta de la subsistencia de los mismos estereotipos sexistas en la actualidad. Esta respuesta tardía e insuficiente- es necesario destacar el déficit existente en cuanto a reparación integral para las víctimas de violencia sexual en el contexto referenciado- es en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. El Poder Judicial de este modo, favorece la tolerancia social a la violencia contra las mujeres.

Sintetizando, la invisibilización de la violencia contra las mujeres en el marco del terrorismo de Estado guarda una estrecha relación con la naturalización de la violencia contra las mujeres.

Bibliografía

- Aucia, A. (2011) Género, violencia sexual y contextos represivos. En Vasallo (Ed.) Grietas en el silencio. En *Seminario PRIGEPP Violencia*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Balardini, L, Oberlin, A. y Sobredo L. (2016) Violencia de género y abusos sexuales en centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/05/Balardini-Oberlin-Sobredo.pdf>
- Chiarotti S. (2012) Violencia Sexual en el marco del terrorismo de estado. Recuperado de <https://insgenar.files.wordpress.com/2012/12/testimonio-de-contexto-violencia-sexual-en-los-ccd.pdf>
- Comité de Derechos Humanos- ONU (2016) *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Argentina. Proyecto preparado por el Comité*. Recuperado de http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/12/CCPR_C_ARG_CO_5_24580_S-2.pdf
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las mujeres- ONU (2016) *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Argentina*. Recuperado de http://acnudh.org/wp-content/uploads/2016/12/CEDAW_C_ARG_CO_7_25088_E.pdf
- CONADEP. (1991) *Nunca mas. Informe de la Comisión sobre la desaparición de personas*. Buenos Aires, Argentina: EUDEBA.
- Cook R. y Cusack S. (2010) Estereotipos de género: Perspectivas Legales Transnacionales. En *Seminario PRIGEPP Violencia*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- D´Atri, A. (2011) *Las luchas de las mujeres: del genocidio al femicidio*. Recuperado de <http://andreadatri.blogspot.com.ar>

- Delmas, F. (2016) La dictadura en clave de género en. *Tram[p]as de la comunicación y la cultura*, N° 78, marzo 2016. Recuperado de <http://www.revistatrampas.com.ar>
- Dirección General de Políticas de Género y Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio Público Fiscal (2016). *Aportes del Ministerio Público Fiscal para la actualización del VII Informe Periódico del Estado argentino ante el Comité de la CEDAW*. Buenos Aires, Argentina. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2016/11/Aportes-del-MPF-para-el-Comit%C3%A9-CEDAW.pdf>
- Duhalde, E. (2013) *El Estado terrorista argentino*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Colihue.
- Paolini Pecoraro A. (2011) Judiciabilidad de los delitos sexuales en el marco de las causas de lesa humanidad. En Vasallo (Ed.) Grietas en el silencio. En *Seminario PRIGEPP Violencia*. Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>
- Resolución PGN N° 557/12 (2012).
- Resolución PGN N° 3655/15 (2015).
- Segato, R. (2012) La violencia sexual y el discurso del derecho. En Sonderéguer, M. y Correa V. (comp.) Cuaderno de Trabajo Violencia de Género en el terrorismo de Estado: Políticas de Memoria, Justicia y Reparación. Bernal, Argentina: Universidad Nacional de Quilmes.

Criminología y racismo: a propósito de las políticas necro-criminales a los inmigrantes

Criminology and Racism: About Necro-criminal Policies on Immigrants

Criminologia e racismo: sobre as políticas necro-criminais aos imigrantes

Criminologie et racisme: à propos des politiques nécro-criminelles contre les immigrants

*Gabriela L. Gusis*¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 primavera 2018, 266-289

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e221>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3067-7998>

Recibido: 17/08/2018

Recibido con modificaciones: 28/09/2018

Aprobado: 19/11/2018

Resumen: Este trabajo pretende preguntarse sobre la relación entre la inmigración, la criminología y el racismo. Cuál es la relación la criminología o la sociología-penal desde una perspectiva histórico- genealógica y cómo se han gestado algunas ideas/saberes que parecieran ser hoy una cuestión puesta de manifiesto por la política criminal global en torno a los migrantes. Qué rol fundamental juega el racismo en los saberes-poderes que continúan presentando a personas con más o menos derechos de acuerdo a su antojo, a pesar de tener hoy de manera indiscutida un modelo de estado constitucional de derechos y un enorme bagaje proveniente del derecho internacional de los derechos humanos

¹ Profesora de Derecho penal y Criminología UBA-UNLP-UNDAV. Secretaria del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina.

que aspiran a la universalización de los derechos fundamentales y al reconocimiento de todo ser humano como tal.

Palabras claves: Criminología; racismo; inmigración.

Abstract: This paper seeks to ask about the relationship between immigration, criminology and racism. What is the relationship between criminology or criminal sociology from a historical-genealogical perspective, and how have some ideas/knowledge been generated that seem to be a question that has been raised today by the global criminal policy around migrants. What fundamental role does racism play in the knowledge-powers that continue to present people with more or less rights according to their whim, in spite of having today in an indisputable way a model of constitutional state of rights and an enormous baggage coming from the international law of human rights that aspire to the universalization of fundamental rights and to the recognition of every human being as such.

Keywords: Criminology; racism; immigration.

Resumo: Este artigo pretende perguntar-se sobre a relação entre imigração, criminologia e racismo. Qual é a relação entre criminologia ou sociologia criminal desde uma perspectiva histórico-genealógica e como foram gestadas algumas idéias / conhecimentos que parecem ser hoje uma questão destacada pela política criminal global ao redor dos migrantes? Qual é o papel fundamental do racismo nos conhecimento-poderes que continuam apresentando as pessoas com mais ou menos direitos de acordo com a sua vontade, apesar de ter hoje maneira indiscutível um modelo de estado constitucional de direitos e uma enorme bagagem vindo do direito internacional dos direitos humanos que aspiram à universalização dos direitos fundamentais e ao reconhecimento de todo ser humano como tal.

Palavras Chaves: criminologia; racismo; imigração.

Résumé: Cet article vise à poser des questions sur les relations entre immigration, criminologie et racisme. On se demande quelle est la relation entre la criminologie et la sociologie criminelle dans une perspective généalogique-historique et comment certaines idées et connaissances ont été développées et sont aujourd'hui révélées par la politique criminelle mondiale en matière d'immigration. Quel est le rôle fondamental du

racisme dans les discours qui continuent de présenter aux gens moins de droits que d'autres, malgré le modèle incontesté de l'état constitutionnel des droits. Ainsi qu'un vaste droit international relatif aux droits de l'homme qui aspire à l'universalisation des droits fondamentaux et à la reconnaissance de tout être humain en tant que tel.

Mot-clés: Criminologie; le racisme, l'immigration

I. Presentación

Este trabajo pretende preguntarse sobre la relación entre la inmigración, la criminología y el racismo.

Cuál es la relación la criminología o la sociología-penal desde una perspectiva histórico- genealógica y cómo se han gestado algunas ideas/saberes que parecieran ser hoy una cuestión puesta de manifiesto por la política criminal global en torno a los migrantes.

Qué rol fundamental juega el racismo en los saberes-poderes que continúan presentando a personas con más o menos derechos de acuerdo a su antojo, a pesar de tener hoy de manera indiscutida un modelo de estado constitucional de derechos y un enorme bagaje proveniente del derecho internacional de los derechos humanos que aspiran a la universalización de los derechos fundamentales y al reconocimiento de todo ser humano como tal.

A simple vista se observan algunas tensiones que presenta la investigación:

En el plano de la teoría política del estado, se muestran como dicotomías entre el Estado de policía y el estado constitucional de derechos.

En el plano de las relaciones de poder, en el poder del estado en tensión con la libertad y los derechos humanos de las personas.

En el plano penal-criminológico, sin embargo, estas tensiones se expresan en la más amplia o restringida admisión de

trato punitivo a seres humanos a los que se les priva de la condición de personas -en mayor o menor medida-.

II. Advertencia

Sería sumamente pretencioso afirmar que estos problemas podrán ser abarcados completamente en la ponencia.

Cada uno de los tópicos, a saber: migración, criminología y racismo, han sido y continúan siendo trabajados en profundidad por sendos autores de antaño y contemporáneos.

Las posibilidades infinitas me obligan, por ello, a restringir el análisis al menos a ciertos ejes que nos darán una aproximación a la cuestión.

Sin embargo, cabe advertir que algunos autores resultan centrales para abordar la cuestión. Entre ellos, son referencia absoluta Michel Foucault, en particular a partir de los lineamientos abordados en la serie de conferencias “defender la sociedad”² que se publicó también con el nombre de “Genealogía del racismo” en Argentina³; Achile Mbembé⁴ y Frantz Fanon⁵, desde una perspectiva crítica negra; Giorgio Agamben⁶ quien nos aporta conceptos fundamentales que relacionan el derecho, la excepción y el trato a los seres humanos, René Girard⁷ quien nos permite integrar en el análisis aquellos

² Foucault, M. (2003). Hay que defender la sociedad. Madrid: Akal.

³ Foucault, M. (1996). Genealogía del racismo. La Plata: Altamira.

⁴ Mbembe, A. (2016), Crítica de la razón negra. Ensayo sobre el racismo contemporáneo. Barcelona: NED Ediciones. Mbembe, A. (2011), Necropolítica. Barcelona: Melusina. Mbembe, A. (2012), «Necropolítica, una revisión crítica», en Chávez, E. y Ježik, E. Estética y Violencia: necropolítica, militarización y vidas lloradas. México D.F.: Museo.

⁵ Fanon, F. (1961), Los condenados de la tierra. Fanon, F. (1971), Piel negra máscaras blancas. Bs. As: Abraxas. Fanon, F (1964/5), Por la revolución africana. Bs. As/México: Fondo de cultura económica.

⁶ Agamben, G. (1998), Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida. Valencia: Pre-Textos. Agamben, G. (2004), Estado de excepción. Valencia: Pre-Textos. Agamben, G. (2003), Homo Sacer. El poder del soberano y la nuda vida. Valencia: Pre-textos.

⁷ Girard, R. (1972), La violencia y lo sagrado. Barcelona: Anagrama.

mecanismos mediante los cuales se produce la sacralización del mito y la conversión de víctima en victimario; Lola Aniyar de Castro⁸ y Raúl Zaffaroni⁹, desde la perspectiva de análisis crítico criminológico-latinoamericano¹⁰; a quien no pueden dejar de sumarse también desde una perspectiva crítica y con una mirada integral del saber penal al maestro Alessandro Baratta¹¹, y particularmente desde el análisis de la filosofía ius humanista a Luigi Ferrajoli¹².

III. Las relaciones indisolubles entre la criminología y el derecho penal

Desde la criminología demonológica (inquisitorial), que encontró la justificación de la persecución de Satán¹³ para oprimir y controlar de modo verticalizante¹⁴, en particular, a las mujeres y las culturas diversas, hasta la actualidad, se observan cauces que -como hemos advertido- se trazan entre la soberanía, el poder y la libertad.

Las tensiones se manifiestan como pulsiones de poder estatal en detrimento de los seres humanos, que a pesar de los límites impuestos al poder punitivo en los siglos XVII y XVIII,

⁸ Aniyar de Casto, L. (2010), *Criminología de los Derechos Humanos –criminología axiológica como política criminal-*. Bs. As: Ed. Del puerto. Aniyar de Castro, L.; Codino (2013), R., *Manual de criminología sociopolítica*. Bs. As: Ediar.

⁹ Zaffaroni, E. R. (2006) *El enemigo en el derecho penal*. Bs. As: EDIAR. Zaffaroni, E. R (2013), *La cuestión Criminal*. Bs. As.: Ed. Planeta. 5ª edición. Zaffaroni, E. R., *La Palabra de los muertos* (2012), Bs. As.: EDIAR. Zaffaroni, E. R. (2009) *Crímenes de masa*. Bs. As.: Madres. Zaffaroni, E. R (2016), *Muertes anunciadas*. Avellaneda: UNDAV.

¹⁰ Nos posicionamos aquí en la necesidad de que la criminología sea preventiva de masacres, y desde esa óptica abonamos a la criminología de (o para) los derechos humanos (Lola Aniyar de Castro: 2010) como complementaria de la criminología cautelar (E. Raúl Zaffaroni: 2010).

¹¹ Baratta, A (1975), *Criminología liberale e ideología della difesa sociale*, en *La Questione criminale*. Baratta, A (1996), *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Bs. As/Mexico: Siglo XXI.

¹² Ferrajoli, L. (1999) *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.

¹³ *De Satan al Derecho Penal Cool...*

¹⁴ y colonizante.

continúa en la realidad afirmando el control sobre los cuerpos a través de los estados, aún en la era de la globalización.

Estas resistencias, desde una perspectiva dialéctica se manifiestan en el plano de la teoría del estado en los vaivenes que se producen entre el estado de derecho y el estado de policía, que traducidos en el campo penal se reflejan en la más amplia o restringida admisión del trato punitivo a seres humanos privados de la condición de personas.

El trato diferenciado provoca una contradicción entre la doctrina penal, por una parte, y la teoría política del estado constitucional de derecho y del derecho internacional de los derechos humanos por la otra, debido a que la última no admite ni siquiera en una situación bélica clara, resignar los derechos que por tal posee todo ser humano.

Afirmar lo contrario implicaría abandonar el principio del estado de derecho y pasar al de policía, que se deslizaría muy rápido hacia el estado absoluto.

En las últimas décadas se ha producido una transformación regresiva bastante notoria en el campo de la llamada política criminal o, más precisamente, política penal, pues del debate entre políticas abolicionistas y reduccionistas se pasó, casi sin solución de continuidad, a debatir la expansión del poder punitivo, con lo cual el tema del enemigo de la sociedad pasó a primer plano de discusión.

Quizá hasta cierto punto los teóricos cayeron en la negación del fenómeno de represivización de las legislaciones penales sancionadas con motivo o pretexto de emergencias¹⁵, hasta que la realidad legislativa alcanzó un punto que impedía todo mecanismo de huida; pero cierto es que la invocación de emergencias justificantes de estados de excepción no son recientes. Tan sólo tomar la etapa posterior a la segunda guerra mundial, hace más de cuatro décadas que se vienen sancionando en Europa y Estados Unidos estas leyes, que se ordinarizan –convirtiéndose en la

¹⁵ Sobre el concepto de emergencia, por todos, Moccia, S. (2000), *La perenne emergenza*, Napoli.

excepción perpetua- y que fueron superadas largamente por la legislación de seguridad latinoamericana.

Se ha señalado que las características de este avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías consistirían en la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a los actos preparatorios), la desproporción en las consecuencias jurídicas (penas como medidas de contención sin proporción con la lesión realmente inferida), el marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor (Zaffaroni: 2006).

La evocación, en general de la criminología o sociología del castigo, en este aspecto, ha presentado fuertes momentos legitimantes fuertes del poder punitivo pasando desde la primer criminología inquisitorial colonizante y verticalizante, a la criminología positivista-peligrosista del siglo XIX, momento centrado en el poder planetario del neocolonialismo, llegando al actual momento de poder mundial tardo-colonialista (globalizado) basado en el sistema de mercado económico-financiero con una criminología justificadora del poder punitivo que no dista en esencia de los primeros modelos hegemónicos pero atravesados por la criminología mediática que refuerza y sostiene los estereotipos racistas de antaño y actuales.

Existe un vaivén de políticas criminales. Éstas derivan no sólo del refinamiento del pensamiento político, sino también de presiones sociales regresivas, como la nueva criminalización de inmigrantes, que han sido convertidos en un nuevo chivo expiatorio dentro de una precaria e interesada globalización.

Zaffaroni advierte que el poder se planetarizó y amenaza con una dictadura global; el potencial tecnológico de control informático puede acabar con toda intimidad; el uso de ese potencial controlador no está limitado ni existe forma de limitarlo a investigar sólo hechos determinados; las condiciones del planeta se deterioran rápidamente y la vida misma se halla amenazada. Se opera un enorme proceso de concentración de capital que procura mayor renta sin detenerse ante ningún obstáculo no ya ético, sino incluso físico; los estados nacionales

son débiles e incapaces de proveer reformas estructurales; la comunicación masiva, de formidable poder técnico, está lanzada a una propaganda *völkisch* y vindicativa sin precedentes; la capacidad técnica de destrucción puede arrasar la vida; se desatan guerras unilateralmente con fines claramente económicos; y, para colmo, el poder planetario fabrica enemigos y emergencias –con los consiguientes estados de excepción- en serie y a alta velocidad (Zaffaroni:2006).

La profesora Aniyar de Castro ya enseñaba que el crecimiento del racismo en Europa y en Estados Unidos, en gran parte debido a las incontenibles migraciones producto de la mencionada globalización, se manifiestan claramente tanto en el tipo de la investigación que se hace en las criminologías de esas regiones, como en la fenomenología, del control formal. Hasta se ha acuñado un término propio para el fenómeno de la inmigración criminalizada: “Crimmigration”¹⁶.

El concepto de “enemigo” es más grave en el terreno criminológico, que cuando se considera la expropiación de las garantías en alguna doctrina penal y ya en muchas legislaciones tanto americanas como europeas. Los *Patriot Acts* posteriores a la destrucción de las Torres Gemelas son un ejemplo, pero tanto en España como en Francia, Italia e Inglaterra se han ido cerrado las tenazas sobre el extranjero como nuevo enemigo, y el concepto de “frontera” de origen típicamente militar, ha comenzado a tener nuevos sentidos en nuestra política criminal (Aniyar de Castro: 2010).

El Sistema Penal del “otro” es el que pertenece a las subculturas de quienes forman parte de grupos étnicos o nacionales diferentes a los de la cultura e instituciones dominantes: algunos grupos de inmigrantes, africanos o de otros países, y los religiosos que practican procedimientos no aceptados en occidente son un ejemplo de ello¹⁷.

¹⁶ Aniyar de Castro, L., quien advierte además sobre las trampas que imbrica el término “ilegal” para designar al migrante, lo que lo estereotipa y estigmatiza conceptual y socialmente.

¹⁷ Las teorías de las subculturas ponen de resalto que no sólo existe, en efecto, un único sistema oficial de valores, sino también una serie de subsistemas que se transmiten a los

Esto puede extrapolarse sin mayores dificultades al control penal subterráneo (lesiones, torturas, detenciones ilegales, sentencias condenatorias o más severas), donde dicha expropiación se realiza sin necesidad de mayores teorizaciones, pues es generalmente impune.

Este control penal, generalmente sostenido por un cierto desinterés, cuando no entusiasta apoyo, por parte de la colectividad se alimenta de estereotipos y de elementos emocionales transmitidos y aprendidos (intolerancia, rechazo de la diferencia, un sentimiento de repulsión o simplemente incomprensión, la que generalmente es también ignorancia y rusticidad)¹⁸.

Detrás de esas conductas, no puede dejar de observarse la negación de la víctima en punto a la desvalorización de su condición de persona humana, que pone de manifiesto las ya conocidas técnicas de neutralización que traducidas al plano del negacionismo fueron exquisitamente desarrolladas por Cohen (2005)¹⁹. La no- persona no tiene entidad ética, es un excluido de la comunidad y eso es lo que permite su sacrificio.

En el plano penal, las políticas justificadoras del poder se han presentado o fueron definidas a través de las tesis de la defensa social, sea en sus vertientes positivas o funcionalistas, lo que también se ha evidenciado en la fuerte avanzada punitivista beligerante.

Los modelos legitimantes del poder punitivo han sostenido la “razón de estado” en detrimento de los derechos

individuos por medio de mecanismos de socialización y aprendizaje específicos a los ambientes y a los grupos sociales particulares dentro de los cuales los individuos están insertos. Por otro lado, queda fuera del poder de decisión del individuo -y por lo tanto también de su responsabilidad moral- el hecho de participar o no en una determinada subcultura y en consecuencia de aprender un determinado sistema de valores o bien determinados modelos de comportamientos desviado o de criminal por instancias que detentan el poder de definición. Las chances de resultar etiquetado, con las graves consecuencias que ello conlleva, se encuentran desigualmente distribuidas.

¹⁸ Esto es también aplicable a los crímenes de odio. Eso explicaría, a su vez, las racionalizaciones de muchas de las llamadas “ejecuciones extrajudiciales” afirma la autora.

¹⁹ Cohen, S. (2005), Estados de negación. Bs. As: Publicaciones UBA/British Council.

fundamentales, convirtiendo al derecho penal en una “Schifoza Scienza” en el sentido en que Francesco Carrara advirtiera siempre en su clásica obra.

No por nada Baratta advertía sobre el retraso de la ciencia jurídica respecto del pensamiento criminológico (deslegitimante/crítico), lo que lo llevaba a sostener que “ya no puede ser recuperado a través de una crítica inmanente o autocrítica situada en el interior de la ciencia jurídica” por lo que postulaba la refundación del saber penal frente a los límites de su autocomprensión desnaturalizando definitivamente postulados simplificadores del saber convencional²⁰.

Los últimos modelos que han abordado la cuestión, en particular luego de los atentados conocidos como 11-S y 11-M, han sido aquellos que giraron en torno al derecho penal del enemigo en la versión funcionalista alemana²¹ o bien a las propuestas de derecho penal de diferentes velocidades en las versiones de defensa social españolas²² que, en gran medida afirman que es posible establecer un derecho penal que opere de modo tradicional, colmado de garantías para aquellos que pueden ser considerados como ciudadanos y otro, u otros ajenos a la comunidad, para quienes el derecho penal pueda brindar respuestas diferenciales, con menores derechos y garantías.

El mecanismo mediante el cual se define quién ingresa a cada sistema resulta sumamente interesante si consideramos que el enemigo es aquel a quien se considera extraño, una alteridad distante pero cercana y por tal motivo también temida.

En este punto cobra relevancia la proximidad terminológica, según la RAE, de “extraño” y “extranjero”. En tanto el primero se define como: 1. adj. De nación, familia o profesión distinta de la que se nombra o sobrentiende, *en contraposición a propio*. U. t. c. s. ; 2. adj. Raro, singular; 3. adj. Dicho de una persona o

²⁰ Pavarini, M (2004), *Para una crítica de la ideología penal*, en “Revista Antrophos. Huellas del conocimiento”, n° 204, Vol. “Alessandro Baratta. El pensamiento crítico y la cuestión criminal”.

²¹ Jakobs, G.; Melia, C. (2003/4), *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Cuadernos Civitas.

²² Silva Sanchez, J. (2001), *La expansión del derecho penal*. Madrid.

de una cosa: Que es ajena a la naturaleza o condición de otra de la cual forma parte. U. t. c. s. Pedro es un extraño en su familia; 4. adj. Que no tiene parte en algo. Juan permaneció extraño A aquellas maquinaciones; y el segundo 1. adj. Dicho de un país: *Que no es el propio*.

El inmigrante, al ser “otro”, despierta temores y odios; es “distinto”, y por tanto, su exclusión de los servicios públicos, su sometimiento a medidas administrativas que son, por su naturaleza, penas; la humillación en las condiciones de acumulación humana en campos de concentración para la deportación son la cara de un nuevo binario amigo-enemigo, según la terminología Schmittiana²³.

Así se observa la estrecha relación, entre extraño y extranjero, en punto a la ajenidad, en tanto no propio, ya que este no pertenece al mismo círculo de valores sociales y culturales. El extranjero, el otro, el enemigo, es en tal caso un ser que no pertenece, un *hostis*, y así inmigrante y enemigo devienen sinónimos para la táctica punitiva.

IV. Biopolítica, necropolítica y racismo. De la biopolítica racista a la necropolítica criminal

Ahora bien; cabe preguntarse ¿Qué hace la política con estos “extraños”? ¿Cuáles son las herramientas y técnicas sociales mediante las cuales una comunidad acepta la existencia de seres humanos con menos derechos?

En primer lugar, para abordar estos interrogantes, es necesario recordar cuanto enseñó Foucault sobre el vínculo entre el estado y el racismo. Éste expuso de modo claro la estrecha relación que guardan los estados actuales con los estados absolutistas como implementación y continuidad del poder soberano, en tanto éste sigue manteniendo la potestad de decidir quién puede vivir y a quién debe dejar morir²⁴.

²³ Schmidt, C. (1985), El concepto de lo político. México: ediciones Folios.

²⁴ capacidad legitimada y legitimadora de decidir sobre la vida y la muerte de los hombres y las mujeres, aglutinados ahora bajo el concepto de “población”, otorgado por la idea nacionalista de homogeneidad cultural y existencial de estos.

El autor destaca el carácter originario racista de la biopolítica, que se sustenta a través de avances de la ciencia y la técnica para la homogeneización social y el exterminio en cabeza del poder: un Estado, un sistema político centrado en el biopoder puede ejercer el poder de muerte o la función de la muerte, desde el momento que se introduce el racismo (el cual presenta el derecho a matar). “El racismo se inserta como mecanismo fundamental del poder en los Estados modernos (función homicida del Estado), un modo de regenerar la raza y purificarla”.

Sin embargo, es Mbembe²⁵ quien al incorporar el concepto de necropolítica explica que: “la soberanía consiste en ejercer un control sobre la mortalidad y definir la vida como el despliegue y la manifestación del poder... la soberanía que defin[e] como el derecho de matar”.

Así, afirma que las formas contemporáneas de sumisión de la vida al poder de la muerte (política de la muerte) reconfiguran profundamente las relaciones entre resistencia, sacrificio y terror, y sostiene que la noción de biopoder de Foucault es insuficiente para reflejar las formas contemporáneas de sumisión de la vida al poder de la muerte (dejar morir no se equipararía a matar o sumir la vida por el poder de muerte).

El modo en que se decide respecto de quien vive y quien muere, estaría relacionado precisamente con el racismo: “por principio de raza es necesario entender también una forma espectral de división y de diferenciación humana susceptible de

²⁵ que en modo alguno designa algo previo o posterior a la biopolítica, sino una forma de hacer y pensar que atraviesa el propio desarrollo de la modernidad, desde sus inicios, adhiriéndose de un modo paradójico y tensional a formas de corte más biopolítico. La necropolítica que enuncia Mbembe remite a una lógica de la excepcionalidad securitaria asumida por una soberanía (neo)liberal-(neo)colonial que instrumentaliza la existencia humana posibilitando la destrucción de cuerpos y sujetos considerados superfluos, siendo este carácter superfluo algo que, en gran medida, viene acompañado de un discurso que no deja de construir una noción ficcionalizada o fantasmática del enemigo. Desde ahí, la necropolítica se refiere entonces a “ese tipo de política en que la política se entiende como el trabajo de la muerte en la producción de un mundo en que se acaba con el límite de la muerte” (Mbembe, 2012: 136).

ser movilizada para estigmatizar, excluir y segregar; prácticas con las que se busca aislar, eliminar, inclusive destruir físicamente a un grupo humano”. Una de las claras dimensiones en la que se manifiesta esta política se refiere a la destrucción material de los cuerpos y poblaciones humanas juzgados como descartables y superfluos” (MBEMBE, 2012).

El racismo y sus concomitancias coloniales, por otra parte, dibujarán toda una apropiación del espacio que desencadena una zoológización de la vida, ya apuntada por Fanon (2001), por medio de la cual se pierde la capacidad para gestionar el “hogar”, el cuerpo y con ello la posibilidad de adquirir un status político en tanto que sujeto reconocido, la vida del esclavo, del que está subsumido en una lógica racial-colonial deviene, en consecuencia, “una forma de muerte-en-la-vida” (2011 :33).

Se observa así que, a pesar de las diferencias entre unos y otros autores, todos ellos encuentran una vinculación directa entre las formas de poder y la jerarquización de seres humanos a través de una misma categoría conceptual, cual es el concepto de raza.

El racismo, sea entendido en cualquiera de los sentidos que le asignen estos autores, parece ser el motor que justifica la muerte o el derecho de dejar morir (Foucault, en el sentido en el que lo expresa cuando afirma que la génesis del estado genocida es el racismo; o bien en el de Mbembe quien directamente sostiene que esa diferenciación que se produce por el proceso de selección de personas definirá quienes deben vivir y a quienes matar, al igual que Fanon).

La forma espectral que inaugura y perpetúa el racismo estará presente de un modo determinante en las conexiones desatadas entre “lo político y el poder de matar, entre el poder y las mil maneras de matar o dejar (sobre)vivir”.

Pero la hipótesis que se insinúa, sería incompleta si no incorporamos al análisis aquél concepto tan bien desarrollado por Agamben²⁶, cual es el de *la nuda vida*, pues con él queda

²⁶ Además, anticipándose a Esposito, Agamben le reprocha a Foucault no haber advertido la relación entre el modelo jurídico de ejercicio de poder y la biopolítica. De allí que concibiera

claro que la figura del sujeto superfluo, aquel cuya fuerza de trabajo ya no es más necesaria al modo de reproducción del capital en la fase actual se convierte en portador de una *vida matable*, descartable, se transforma en una vida sin valor de vida, una vida indigna de ser vivida. Está fuera, es expulsable del circuito.

La nuda vida desprovista de cualquier valor de cambio, “señala el punto en que la biopolítica se convierte necesariamente en tanato-política” (AGAMBEN, 2010).

La acción política de muerte, necropolítica o tanatopolítica, según se prefiera, se imbrica como la forma política adecuada al capitalismo en crisis estructural, en el sentido de que atiende a sus objetivos. En la medida en que la “cuestión social” ya no es más soluble dentro de las instituciones sociales capitalistas, su consiguiente militarización y barbarización aparece como modelo de gestión posible (CASTILLO, 2014).

Si aceptamos lo anterior, no llamaría la atención que los países que se encuentran atravesados por el tránsito migrante y por la continuada conculcación de una vida mínimamente digna a través de prácticas que imbrican destrucción, sustracción y expulsión sean aquellos que han desarrollado mayores necropolíticas criminales.

En este sentido, a modo de ejemplo, el caso mexicano evidencia una geografía necropolítica en donde la complicidad entre soberanía y crueldad expele precariedad, represión, desapariciones y cadáveres (Villalobos Ruminott, 2016).

Afirmada la relación entre soberanía, poder, racismo y jerarquización de seres humanos, nos preguntamos entonces quiénes son, y como se llegan a permitir tales consideraciones

su propia investigación como un recurso para alumbrar ese ‘punto ciego’ en el campo visual del pensador francés. Pero, G. Agamben no se conformó con incorporar el modelo jurídico al tratamiento de la biopolítica desdibujando las diferencias entre ambos dispositivos, sino que, vía una operación teórica consistente en, por una parte, retomar los análisis aristotélicos que dan cuenta del carácter político del vivir humano y, por otra parte, recurrir a una figura del derecho romano arcaico como la del ‘Homo Sacer’, hizo coincidir este interés del poder por la vida con los orígenes mismos de la política occidental.

que en gran medida se traducen en muertes de expiación sacrificial. Quiénes, de entre todos los receptores, aquellos que sufren en carne propia la necropolítica. ¿cómo es posible afirmar la descartabilidad de seres humanos? ¿Quién es el enemigo que no merece el trato de “ciudadano”?

Si consideramos lo anterior, podemos ver las vulnerabilidades que los migrantes ostentan por el hecho -siempre legítimo- de circular mundialmente en busca de mejores condiciones de vida que en sus países de orígenes, muchas veces de los que son expelidos por la violencia, la persecución ideológica, religiosa o política y también aún por búsqueda de nuevos horizontes laborales²⁷.

La principal fuente actual de inseguridad existencial y de violencia difusa, tanto en América como en Europa, proviene de una inseguridad de la que poco llaman la atención los medios y sus empresarios morales (desempleo, desigualdad laboral, previsional; deterioro de los servicios estatales; elevación de precios; dificultades de vivienda, salud, educación).

Esa violencia difusa se expresa en actitudes xenófobas, clasistas, racistas, sexistas y en todas las formas posibles de discriminación: contra inmigrantes (Europa), contra grupos étnicos instalados desde antiguo (afroamericanos) o en crecimiento (latinos en EE. UU.), de sectores excluidos dentro de la propia sociedad (América Latina), o contra etnias minoritarias (África)²⁸.

Es interesante el relato que solía hacer Nils Christie sobre el trato que merecían los judíos en los campos de concentración noruegos antes y después de empezar a conocer algunas

²⁷ Unas 44.500 personas se vieron obligadas a abandonar sus casas cada día en 2017, una persona cada dos segundos, lo que sitúa la cifra de desplazados forzosos en el mundo en 68,5 millones, una récord que supone un aumento del 50% con respecto a hace diez años, cuando eran 42,7 millones, según denuncia ACNUR. ACNUR señala que “las guerras, la violencia y la persecución han conducido a que el desplazamiento forzado alcance por quinto año consecutivo un máximo histórico”. La agencia de la ONU cita la guerra en Siria, “la crisis en la República Democrática del Congo, la guerra en Sudán del Sur y la huida hacia Bangladesh de cientos de miles de rohingya desde Myanmar” como principales puntos calientes.

²⁸ Aniyar de Castro.

palabras del idioma. Aparentemente los campistas noruegos brindaban mejor trato a quienes podían aproximarse a su idioma o entender su cultura que a quienes no lo hacían, los que por supuesto no merecían ninguna prerrogativa graciable por parte de los concentradores.

Esto, en alguna medida, revela que parte de la tesis de Girard sobre los mitos y los estereotipos²⁹ persecutorios³⁰ en los que se libera -con muerte del chivo expiatorio sacralizado- a la sociedad, tiene connotaciones y fuertes proyecciones en el plano de lo real.

Nos dice que “no es bárbaro quien habla otra lengua, sino quien confunde las únicas distinciones realmente significativas... En todas partes el vocabulario de los prejuicios tribales, nacionales, etc., no expresa el odio hacia la diferencia sino hacia su privación. No es el otro *nomos* lo que vemos en el otro sino la anomalía, no es la otra norma, sino la anormalidad; se convierte al inválido en deforme y al extranjero en apátrida”. Es un proceso generalizador y despersonalizador que a la vez justifica la posibilidad de aniquilarlo para salvar a la sociedad.

²⁹ ¿Cómo identificar cuando nos encontramos frente a una persecución? Girard sostiene: De la yuxtaposición de varios estereotipos en un solo e idéntico documento se deduce que hay persecución. No hace falta que aparezcan todos los estereotipos. Bastan tres de ellos y con frecuencia sólo dos. Su presencia nos lleva a afirmar que: a) las violencias son reales, b) la crisis es real, e) no se elige a las víctimas en virtud de los crímenes que se les atribuyen sino de sus rasgos victimarios, de todo lo que sugiere su afinidad culpable con la crisis, d) el sentido de la operación consiste en achacar a las víctimas la responsabilidad de esta crisis y actuar sobre ella destruyéndolas o, por lo menos, expulsándolas de la comunidad que «contaminan».

³⁰ Asimismo advierte: “los estereotipos de la persecución son indisoluble y resulta un hecho notable que la mayoría de las lenguas no los disocian. Así ocurre en el caso del latín y del griego, por ejemplo, y, por tanto, del francés, lo que nos obliga a recurrir incesantemente, en el estudio de los estereotipos, a unos términos emparentados: crisis, crimen, criterio, crítica, que provienen todos de la misma raíz, del mismo verbo griego, *krino* que no sólo significa juzgar, distinguir, diferenciar, sino también acusar y condenar a una víctima. No hay que confiar demasiado en las etimologías y nunca razono a partir de ellas. Pero el fenómeno es tan constante que, según creo, conviene observarlo. Sugiere una relación todavía disimulada entre las persecuciones colectivas y lo cultural en su conjunto. Si esta relación existe, ningún lingüista, ningún filósofo, ningún político la ha descubierto jamás”.

Girard nos señala que “las categorías victimarias parecen predispuestas a los crímenes indiferenciadores. Nunca se reprocha a las minorías religiosas, étnicas o nacionales su diferencia propia, *se les reprocha que no difieran como es debido*, y, en última instancia, que no difieran en nada. Los extranjeros son incapaces de respetar las “auténticas diferencias”; carecen de modales o de gusto, según los casos; no captan lo realmente diferencial”.

Es así como el rol del mito es fundamental para comprender la persecución tanto como la categoría de lo sacrificial.

En los mitos aparece la gama completa de los signos victimarios (que serán los criminalizados). No nos damos cuenta porque consideramos fundamentalmente la pertenencia de las víctimas a una minoría étnica o religiosa conocida. Ese rasgo no puede reaparecer sin más en la mitología. Pero tenemos su equivalencia en un tema que desempeña un papel central en todas las partes del mundo, el del extranjero colectivamente expulsado o asesinado.

La víctima (siempre presentada como victimario) es un hombre que viene de fuera, un extranjero significado. Se le invita a una situación que termina con su linchamiento. ¿Por qué? Ha hecho algo que no debía hacer; se ve su comportamiento como funesto; uno de sus gestos es mal interpretado. También en este caso basta con suponer una víctima real, un extranjero real, y todo se aclara. Si el extranjero se comporta de manera extraña o insultante a ojos de sus anfitriones, es porque obedece a unas normas extranjeras. Más allá de un cierto punto de etnocentrismo, el extranjero pasa a ser típicamente mitológico, tanto para lo mejor como para lo peor. El menor malentendido puede acabar mal. La víctima es un chivo expiatorio.

Chivo expiatorio denota simultáneamente la inocencia de las víctimas, la polarización colectiva que se produce contra ellas y la finalidad colectiva de esta polarización. Los perseguidores se encierran en la «lógica» de la representación persecutoria y jamás pueden salir de ella.

Esta hipótesis, en efecto, resuelve según el mismo autor, el enigma fundamental de cualquier mitología: el orden ausente o comprometido por el chivo expiatorio se restablece o se establece por obra de aquel que fue el primero en turbarlo. Es concebible que una víctima aparezca como responsable de las desdichas públicas, y esta misma víctima devuelva el orden, lo simboliza e incluso lo encarna.

De ello se desprende que los procesos mediante los cuales socialmente se busca expiar los males sociales recepta en la criminalización tanto como en la victimización rasgos propios estereotipados que responden a mitos o prejuicios sociales altamente internalizados, lo que refuerza aún más las etiquetas sociales, en especial las negativas, que son reorganizadas rápidamente por el sistema penal en el mecanismo de selección.

V. La reproducción simbólica de la violencia racista a través de la comunicación mediática

La reproducción y persecución estereotipada que construye el ellos, se nutre de datos reales e imaginarios que son fomentados y estimulados a través de los medios de comunicación³¹.

La exacerbación de una opinión pública sobreexcitada, la utilización del slogan desprovisto de contenido pensante que se orienta a sensibilizar a través de imágenes y músicas trágicas, hacen del discurso mediático comunicacional una de las herramientas eficaces y poderosa del poder punitivo real. Por ello, constituyen en sí una criminología en tanto discurso y acción sobre la cuestión penal, que en la actualidad confirma un discurso legitimador al que cabe prestar particular atención.

La *mass media* produce o reproduce en muchos casos las miradas segmentadas que atraviesan la realidad, configurando un sesgo parcial y prejuicioso que sostiene la construcción de un ellos, que se torna conveniente cuando es configurada por los medios masivos de comunicación monopolizados (en

³¹ Sobre la televisión: Bourdieu, P (1997) Sobre la Televisión. Barcelona: Anagrama.

particular la televisión, en manos de conglomerados que forman parte del mismo capital transnacionalizado), y de los políticos útiles, confiando en que la población general reaccionará a ello³².

Zaffaroni nos llama la atención sobre la necesidad de analizar de un modo más preciso el rol que juegan los medios masivos de comunicación a fin de evitar futuras masacres. La llamada criminología mediática (Zaffaroni:2013) creará una realidad a través de la información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias basados en una etiología criminal simplista pero asentada en una causalidad mágica.

La realidad para esta criminología es la existencia de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un “ellos” separado del resto de la sociedad. La particularidad que presenta es que ese ellos no se compone sólo de delincuentes, sino del mundo más amplio de estereotipados que son parecidos, pero que no han cometido ningún delito y que nunca lo han de cometer. El mensaje de la criminología mediática actual es que el –entre otros- el inmigrante viene por el trabajo de la sociedad decente, que acechará los hogares con su cultura diversa y su idioma comprometerá los valores culturales más esenciales de la occidentalidad.

Sin embargo, cabe preguntar ¿qué oculta el discurso de los medios masivos de comunicación?

Oculta las muertes masacradoras, omite así como hizo la criminología que denominamos “tradicional” las muertes producidas por los propios estados y sus brazos ejecutores: los sistemas penales. Evita enunciar las muertes o las disfraza, las oculta visibilizando como inseguridad tan sólo aquellos delitos individuales que producen el efecto reproductor de las propias acciones genocidas.

³² A mayor abundamiento: Sartori, G. (1998) *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Barcelona. Samar, R. (2007) *El medio es violencia. Cultura, comunicación y construcción de la realidad*. Neuquén. También Zaffaroni en “Democracia y tecnología comunicacional” en: <http://lateclae-nerevista.com/2018/04/10/democracia-tecnologia-comunicacional-e-raul-zaffaroni/>.

Por ello, una de las características más salientes de la criminología mediática (o la palabra de los medios) es que naturaliza las muertes —las normaliza por la prensa y la televisión—, pues todos los efectos letales del sistema penal son para ella un producto natural (inevitable) de la violencia propia del ellos. Y llegan al máximo encubrimiento en los casos de ejecuciones sin proceso disfrazadas de muertes en enfrentamientos cuando éstos son presentadas como episodios de la guerra contra el crimen, en los que se muestra el cadáver del fusilado como el de un soldado muerto en la guerra, como signo de eficacia preventiva (Zaffaroni:2009).

VI. A modo de síntesis

Hasta aquí hemos afirmado algunas de las características esenciales que se reiteran en la elaboración realizadora de la negación del ser “humano” para degradarlo a un “ser sin ser”, una “nuda vida” que, sostenida sobre la base racista, se manifiestan de la siguiente manera:

- Se cimenta sobre prejuicios estereotipados muchas veces basados en la selección mítica (Girard) o de contenido racista (Foucault/Mbembe/Fanon)
- Se designa al ajeno como un “otro”: el otro es el diferente. Se la da la característica de *alter* (alteridad)
- Se le asigna, a través del mecanismo justificador persecutorio, un carácter “delictual” que refuerza el ser rechazado socialmente
- La definición del otro, el diferente, se identifica con la de “enemigo”³³

³³ Lola Aniyar de Castro sostenía que los sujetos considerados enemigos, son “no personas”, “no ciudadanos”: la desvalorización previa de la víctima es una constante en la literatura criminológica, algo que ya habían tomado en cuenta algunos psicólogos y criminólogos clínicos al analizar los procesos motivacionales de los delincuentes. Fue incluso tema predilecto de la literatura (recuérdese el ejemplo del Raskolnikof de Dostoievski en Crimen y Castigo, y todas las explicaciones que construye para considerar que su víctima merece morir).

Las víctimas, en ambos casos, se consideran sujetos fungibles, indeterminados, contingentes: cualquiera que reúna las características que configuran al enemigo a destruir o al

- El concepto de enemigo político y la posible situación bélica legitiman la negación de condición de persona,
- Los medios masivos de comunicación exacerbaban a través del discurso sensibilizador y de slogans la reproducción de estereotipos
- La mass media utiliza el lenguaje bélico de la guerra para abordar algunas “inseguridades” en detrimento de otras
- La imagen del criminalizado como el enemigo se refuerza a través de su visibilización como delincuente antes que como víctima estereotipada
- Se lo asemeja a un ser humano indeseable, descartable, innecesario que ofende al cuerpo social
- Se lo degrada a *nuda vida* ya sea mediante estigmatización social, la segregación o el exterminio
- La disposición de los cuerpos ya no aparece para la vida sino para la muerte
- La muerte civil se traduce en muerte real
- Se desarrolla la política masacradora/genocida

Estas líneas, en definitiva, ponen de manifiesto una fuerte vinculación entre los avances del estado de policía y el tratamiento de personas desprendidas de su calidad de tal con una fuerte justificación racista que alienta o germina una masacre (Zaffaroni:2013).

VII. El poder punitivo es masacrador

La criminalización y segregación de los migrantes a través del sistema penal, en el viejo y nuevo continente caracterizan la política criminal actual en la era de la globalización.

Las dinámicas racistas y su consecuente rechazo y expulsión son, en definitiva, una generadora en la era actual de masacres

enemigo delincuente, pueden ser víctimas: no hace falta una relación personal. Por lo tanto, tampoco lo que identifica la dinámica de la violencia cometida puede considerarse provenir de un déficit social de quien los elimina o los excluye de los derechos y garantías.

por goteo que cada vez más se presentan como parte de la necropolítica criminal.

Estas relaciones son claras si se observa el modo en que han sido justificadas a través de los discursos y del ejercicio del poder punitivo a lo largo de la historia.

El estado racista garantiza la política de la muerte y engendra de esa manera un estado genocida que, no requiere ya de excepcionalidad, sino que se realiza a través de los mecanismos disciplinadores y configuradores que funcionan dentro del sistema penal formal, proyectándose hacia la masacre.

En la actualidad, la muerte real y el trato degradante a los inmigrantes se manifiesta en los procesos de expulsión y exclusión de los migrantes, la normativización delictual de la sola presencia considerada como ilegal, pero sobre todo y en especial con las omisiones de prestar auxilio a refugiados, asilados o balseros, no asistir en situaciones humanitarias en las que se arriba a las fronteras, separando a padres e hijos (extranjeros o nativos), expulsar a los niños de inmigrantes ilegales nacidos en países que no aceptan a sus padres por la condición de ilegal, etc.

No asistir se convierte en hacer morir, ya no más la política y el poder se manifiesta como el control de los cuerpos vivos, sino antes bien, en control sobre la vida y la muerte de aquellos que, como en la inmigración –no toda sino la que por contenido racista suele descartarse o considerarse “peligrosa”- se consideran seres humanos sin derechos...”se consideran menos que seres humanos.”

Estos mecanismos no son más que hacer sufrir por acción u omisión, dejar morir o simplemente matar. Nuevamente el inicio de nuestra presentación se hace presente: el racismo y la necropolítica se vuelven a poner de manifiesto, lo que nos permite afirmar que la situación actual de los migrantes se presenta, en el mundo globalizado/tardo-colonialista como una masacre larvada o por goteo.

Recordemos que tal como se dijo, en la teoría política el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter

de personas (enemigos de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legitima el concepto de enemigo y los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último.

La preocupación por las muertes del sistema penal y la necesidad de prevenirlas ha sido presentada en el campo de la criminología por Zaffaroni en su propuesta de *criminología cautelar preventiva*, al analizar el fenómeno de las masacres del poder punitivo del que venimos hablando.

A qué se refiere cuando propugna una criminología cautelar (o preventiva de masacres). La primera advertencia que este autor reitera es que la incorporación de la masacre en la Criminología, tanto teórica como de campo, no puede dejar de asumir el mencionado compromiso ideológico-político con los derechos humanos (en especial el de la vida). Así, una criminología que incorpore a la masacre *debe dejar de ser neutral* para pasar a afrontar un compromiso ideológico abierto frente a la plurifactorialidad masacradora.

Por tal motivo, la tarea de los criminólogos latinoamericanos consistirá en investigar cómo funciona la dinámica de esta criminología en nuestros marcos políticos generales, y deducir algunas constantes, a su vez que solventará una respuesta contra-punitiva sobre la base de la investigación del campo.

Para ello, es necesaria, como toda posición crítica que señale y evidencie la demagogia de que se valen para profundizar los prejuicios discriminadores populares que culminan en lo sacrificial. Si la criminología mediática sintetiza en sus estereotipos los peores prejuicios discriminantes de cada sociedad, los manipula y acentúa para crear un ellos de enemigos, es tarea del criminólogo crítico desbaratar aquél mecanismo, con un carácter militante que incluya todos los ámbitos comunicacionales, para contrarrestar al Homo videns con el homo sapiens, lo que

-nuevamente- nos obliga a repensar todo el sistema penal no sólo en el plano estrictamente jurídico y realizador de un derecho al servicio de los hombres y mujeres y no del estado, sino también desde una perspectiva criminológica de prevención, que nos haga advertir sobre las trampas del poder punitivo y nos invite a militar activamente hacia una criminología de los derechos humanos.

Derecho y capitalismo: Una lectura a la luz de Althusser y Pachukanis¹

Law and capitalism: A reading in the light of Althusser and Pachukanis

Direito e capitalismo: uma leitura à luz de Althusser e Pachukanis

Droit et capitalisme: une lecture à la lumière d'Althusser et de Pachukanis

*Juliana Paula Magalhães*² | Universidade de São Paulo,
Brasil

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 290-326

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e222>

ORCID: <https://orcid.org/>

Recibido: 17/09/2018

Recibido con modificaciones: 28/09/2018

Aprobado: 01/11/2018

Resumen: Se trata de un estudio acerca de la intrínseca relación entre derecho y capitalismo –cuyo lastre reside en las proposiciones teóricas de Althusser y Pachukanis. Marx apunta que la característica fundamental de la sociedad capitalista es la constitución de la fuerza de trabajo en mercadería. Él demuestra una ruptura con los modos de producción anteriores. Althusser, por otro lado, presenta una innovadora lectura del pensamiento marxista al propugnar una noción de un corte epistemológico, separando las obras de Marx de juventud de las de madurez. La concepción althusseriana del marxismo busca romper con las visiones ideológicas de carácter humanista, presentando a Marx

¹ Traducción de Pablo Octavio Cabral.

² Doutoranda e mestra em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e bacharela em Direito pela mesma instituição.

como el descubridor de un nuevo continente del conocimiento científico. Pachukanis, a su turno, basándose en las obras de madurez de Marx, apunta que el derecho es la forma estructurante y necesaria del capitalismo, en vista que, en ese modo de producción, es imprescindible que las personas adopten una forma social de subjetividad jurídica, la que no se deriva de la norma sino de la materialidad de las relaciones sociales. Por consiguiente, ante la imbricación entre derecho y capitalismo, se constata la imposibilidad teórica y práctica de un socialismo jurídico.

Palabras clave: Marxismo; derecho; capitalismo; subjetividad jurídica; Althusser; Pachukanis.

Abstract: This is a study of the intrinsic relationship between law and capitalism - whose ballast lies in the theoretical propositions of Althusser and Pachukanis. Marx points out that the fundamental characteristic of capitalist society is the constitution of the labor force in merchandise. He demonstrates a break with previous modes of production. Althusser, on the other hand, presents an innovative reading of Marxist thought by advocating a notion of an epistemological cut, separating Marx's works of youth from those of maturity. The Althusserian conception of Marxism seeks to break with ideological visions of a humanist character, presenting Marx as the discoverer of a new continent of scientific knowledge. Pachukanis, in turn, based on Marx's mature works, points out that law is the structuring and necessary form of capitalism, in view of the fact that, in this mode of production, it is essential for people to adopt a social form of juridical subjectivity, which does not derive from the norm but from the materiality of social relations. Therefore, in the face of the overlap between law and capitalism, the theoretical and practical impossibility of a juridical socialism is confirmed.

Key words: Marxism; Law; Capitalism; Legal Subjectivity; Althusser; Pachukanis.

Resumo: Trata-se de estudo - cujo lastro reside nas proposições teóricas de Althusser e Pachukanis - acerca a intrínseca relação entre direito e capitalismo. Marx aponta que a característica fundamental da sociedade capitalista é a constituição da força de trabalho em mercadoria. Tem-se assim uma ruptura com os modos de produção anteriores. Althusser apresenta inovadora leitura do pensamento marxista ao propugnar a noção de um corte epistemológico na produção teórica de Marx,

separando as obras de juventude e de maturidade do pensador alemão. A concepção althusseriana do marxismo busca romper com as visões ideológicas de caráter humanista, apresentando Marx como o descobridor de um novo continente ao conhecimento científico. Pachukanis, a seu turno, embasado nas obras de maturidade de Marx, aponta que o direito é forma estruturante e necessária do capitalismo, haja vista que, nesse modo de produção, é imprescindível que as pessoas tomem forma social de subjetividade jurídica, a qual não decorre da norma, porém da materialidade das relações sociais. Por conseguinte, diante da imbricação entre direito e capitalismo, constata-se a impossibilidade teórica e prática de um socialismo jurídico.

Palavras-chave: Marxismo; Direito; Capitalismo; Subjetividade Jurídica; Althusser; Pachukanis.

Résumé: Il s'agit d'une étude - dont l'objet réside dans les propositions théoriques d'Althusser et de Pachukanis - sur la relation intrinsèque entre le droit et le capitalisme. Marx soutient que la caractéristique fondamentale de la société capitaliste est la conversion de la force de travail en marchandises. Il a également une rupture avec les modes de production antérieurs. Althusser présente une lecture innovante de la pensée marxiste, en proposant une notion de coupe épistémologique dans la production théorique de Marx, séparant les œuvres de jeunesse de celles de la maturité du penseur allemand. La conception althusserienne du marxisme cherche une rupture avec les visions idéologiques de caractère humaniste, en présentant Marx comme le découvreur d'un nouveau continent de connaissances scientifiques. Pachukanis, basé sur les travaux de la maturité de Marx, soutient que le droit est la forme structurante et nécessaire du capitalisme, car, dans ce mode de production, il est essentiel que les individus adoptent une forme sociale de subjectivité juridique, laquelle ne se dérive pas de la norme, malgré la matérialité des relations sociales. Par conséquent, en face aux relations du droit et capitalisme, l'impossibilité théorique et pratique d'un socialisme juridique est vérifiée.

Mot-clés: Marxisme; droit, capitalisme; subjectivité juridique, Althusser; Pachukanis.

I. Introducción

La propuesta de nuestro artículo es, en una perspectiva marxista, investigar la estructural imbricación entre derecho y capitalismo a partir de los avances teóricos emprendidos por Louis Althusser y Evguieni Pachukanis.

El jurista brasileño Alysson Leandro Mascaro presenta una interesante propuesta de lectura del pensamiento jurídico contemporáneo, destacando que él puede ser dividido en tres grandes bloques: iuspositivismo, no iuspositivismo y crítica³.

El iuspositivismo, en síntesis, concibe el derecho a partir del marco normativo. El no iuspositivismo ve al derecho como el resultado de relaciones de poder. Por su parte, la crítica, que se presenta como la senda o camino del marxismo, busca develar el fenómeno jurídico a partir de la materialidad de las relaciones sociales de modo de producción capitalista. Althusser y Pachukanis se insertan en este último horizonte.

II. La lectura althusseriana del marxismo: anti humanismo y crítica de la ideología jurídica

Louis Althusser, célebre filósofo francés del siglo XX⁴, presentó una innovadora lectura del pensamiento marxista, cuyo alcance era alejar las concepciones ideológicas del marxismo,

³ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 310-319.

⁴ "O filósofo francês Louis Althusser (1918-1990) propôs uma peculiar leitura do marxismo, conforme veremos mais adiante. O pensamento de Louis Althusser está longe de ser unanimidade nos meios marxistas. [...] As polêmicas acerca da leitura althusseriana do marxismo persistem até os dias atuais. Contudo, a importância do pensamento de Althusser pode ser medida pelas palavras de um de seus mais notáveis discípulos, o filósofo francês Étienne Balibar: "Althusser não pertence mais somente à história da 'filosofia marxiana' dos anos 60 e 70, seu lugar, grande ou pequeno, está na história da filosofia". [...] No que se refere ao percurso intelectual de Althusser, em geral, são apontadas, pelo menos, a existência de três fases principais, considerando suas obras mais relevantes. [...] A primeira, na década de 1960, na qual o filósofo desponta para os meios intelectuais internacionais, com obras como *Pour Marx* e *Lire Le Capital*. A segunda fase, entre o final dos anos de 1960 e a década de 1970, marcada pela autocrítica e revisão de alguns posicionamentos teóricos. E, por fim, a terceira fase, a partir da década de 1980, na qual ele se dedica especialmente ao chamado

confiriéndole el status de ciencia⁵. Las contribuciones de Althusser al marxismo son inmensas⁶, bien como a la propia filosofía de modo general.

El Filósofo francés presenta a Karl Marx como el descubridor de un nuevo continente del conocimiento científico⁷, tal como fueron, en sus respectivas áreas, Tales de Mileto, Galileu Galilei, Isaac Newton y Sigmund Freud, por ejemplo⁸. El continente-historia descubierto por Marx representa la ruptura con el humanismo- presente, inclusive, en la propia obra de Marx, en sus textos de juventud- y la construcción de una nueva comprensión teórica acerca de la materialidad de las relaciones sociales⁹.

Althusser divide la obra de Marx en obras de juventud (1840-1844), obras de corte (1845), obras de maduración (1845-1857) y obras de madurez (1857-1883)¹⁰. En esa lectura original de la

“materialismo aleatório.” (MAGALHÃES, Juliana Paula. *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*. São Paulo, Ideias & Letras, 2018).

⁵ “[...] nous pouvons affirmer que Marx a fondé une nouvelle science : la science de l’histoire des «formations sociales». (ALTHUSSER, Louis. *Pour Marx*. Paris: La Découverte/Poche, 2005, p. 263).

⁶ MOTTA, Luiz Eduardo. *A favor de Althusser – revolução e ruptura na teoria marxista*. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2014.

⁷ “Para Althusser, o marxismo não é um mero guia para a ação e tampouco uma “concepção de mundo”. O marxismo é uma teoria científica cujas pedras fundamentais foram assentadas por Marx.” (BOITO JR., Armando. Indicações para o estudo do marxismo de Althusser. In: PINHEIRO, Jair (Org.). *Ler Althusser*. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2016, p. 156.).

⁸ ALTHUSSER, Louis. *Pour Marx*. Paris: La Découverte/Poche, 2005, p. 264.

⁹ “Althusser explique que Marx em 1845 a “changé de terrain” em changeant de problématique (en posant d’autres questions, qui ne sont pas le “renversement” des précédentes, mais constituant une véritable “émérgence”): du terrain idéologique il est passé sur le terrain réel, par la destruction de la problématique illusoire de l’Homme feuerbachien et du Sujet d’histoire, et la formulation d’une problématique des déterminations réels du procès historique (l’infrastructure du mode de production, la superstructure politico-idéologique). Mais se changement de terrain, qui s’effectue immédiatement après le “triomphe de l’humanisme” chez Marx (dans les Ouvres de Jeunesse, singulièrement les “Manuscrits de 44”), a pour contenu essentiel de développement d’une connaissance (objective, scientifique) de l’idéologie.” (BALIBAR, Étienne. L’objet d’Althusser. In: LAZARUS, Sylvain. *Politique et Philosophie dans l’œuvre de Louis Althusser*. Paris: PUF, 1993, p. 88-89).

¹⁰ ALTHUSSER, Louis. *Pour Marx*. Paris: La Découverte/Poche, 2005, p. 27.

producción intelectual de Marx reside una de las contribuciones fundamentales del pensamiento althusseriano, en la medida en que permite comprender que los textos del Marx maduro se consubstancian en un edificio teórico completamente distinto. El humanismo, que caracterizaba los textos juveniles de Marx, fueron extirpados del núcleo estructurante de sus obras de madurez¹¹, a través de un proceso denominado por Althusser de corte epistemológico, siendo que tal denominación dada por el filósofo francés es fruto de la influencia de Gastón Bachelard¹².

Los *Manuscritos de 1844* son un ejemplo contundente de la presencia del humanismo en las construcciones teóricas del joven Marx. Muchos pensadores del marxismo, tales como, por ejemplo, Roger Garaudy, apuntan esa obra como el “acto de nacimiento del marxismo”¹³. Para Althusser, tal perspectiva presenta un grave error de lectura del marxismo. Althusser entiende que, en ese período, Marx aún no era marxista, ósea, no había aún descubierto una nueva ciencia, más aún estaba trabajando en un horizonte ideológico, preso de conceptos como hombre, sujeto y alienación, que se constituían en obstáculos epistemológicos para el desenvolvimiento científico¹⁴.

La fundación de la ciencia de la Historia por Marx, la que tiene por objeto las “formas de existencia específica de la especie humana”¹⁵, en la visión althusseriana, representa una mudanza de problemática, en la cual Marx abandona las nociones

¹¹ “La rupture avec toute toute anthropologie ou tout humanisme *philosophiques* n’est pas un détail secondaire: elle fait un avec la découverte scientifique de Marx» (ALTHUSSER, Louis. *Pour Marx*. Paris: La Découverte/Poche, 2005, p. 234).

¹² *Ibid.*, p. 24.

¹³ GARAUDY, ROGER. A propos des “manuscrits de 1844” de Marx. In: *Cahiers du Communisme*, mars, 1963, p. 108.

¹⁴ ALTHUSSER, Louis. A querela do humanismo. *Crítica Marxista*, n. 9. São Paulo: Xamã, 1999, p. 32.

¹⁵ “La science de l’histoire n’a pas pour objet l’essence de l’homme, ou du genre humain, ou l’essence des hommes, etc. La science de l’histoire a pour objet l’histoire des formes d’existence spécifiques de l’espèce humaine.” (ALTHUSSER, Louis. *La querelle de l’humanisme*. In: *Écrits philosophiques et politiques – Tome II*. Paris : Stock/IMEC, 1997, p. 482.)

humanistas, y pasa a trabajar a partir de conceptos teóricos como modos de producción, fuerzas productivas, formas sociales, relaciones de producción, mercancía, valor, entre otros.¹⁶

Para Althusser, por tanto, el marxismo es un anti-humanismo teórico¹⁷, en la medida en que la teoría marxista no tiene como núcleo fundante los conceptos de hombre, esencia humana, alienación y sujeto. Eso no significa un deprecio por las condiciones de vida de los hombres, más, por el contrario, la constatación de que para comprender a la sociedad capitalista y, por consiguiente, la realidad social de los individuos, se debe tener en cuenta, primeramente, las estructuras sociales dadas, las cuales producen al sujeto como efecto ideológico, a partir de prácticas materiales específicas¹⁸. El filósofo francés observa que el humanismo debe ser rechazado, inclusive, en

¹⁶ ALTHUSSER, Louis. *Polémica sobre o humanismo*. Tradução de Carlos Braga. Lisboa: Presença, 1967, p. 191.

¹⁷ «J'ai dit ailleurs, et je répète, qu'en toute rigueur il faudrait parler de l'a-humanisme théorique de Marx. Si j'ai employé l'expression anti-humanisme théorique de Marx (comme je propose également de parler de l'anti-historicisme, de l'anti-évolutionnisme, et anti-structuralisme de la théorie marxiste) c'est pour mettre l'accent sur l'aspect polémique impitoyable de la rupture que Marx dut consommer pour concevoir et énoncer sa découverte.» (ALTHUSSER, Louis. *La querelle de l'humanisme*. In: *Écrits philosophiques et politiques – Tome II*. Paris : Stock/IMEC, 1997, p. 447).

¹⁸ «L'anti-humanisme théorique de Marx dans le matérialisme historique, c'est donc le refus de fonder dans un concept d'homme à prétention théorique, c'est-à-dire comme sujet originaire de ses besoins (homo oeconomicus), de ses pensées (homo rationalis), de ses actes et de ses luttes (homo moralis, juridicus et politicus) l'explications de formations sociales et de leur histoire. Car quand on part de l'homme, on ne peut éviter la tentation idéaliste de la toute-puissance de la liberté ou du travail créateur, c'est-à-dire on ne fait rien que subir, en toute « liberté », la toute-puissance de l'idéologie bourgeoise dominante, qui a pour fonction de masquer et d'imposer, sous les espèces illusoire de la libre puissance de l'homme, une autre puissance, autrement réelle et puissante, celle du capitalisme. Si Marx ne part pas de l'homme, s'il refuse d'engendrer théoriquement la société et l'histoire à partir du concept de l'homme, c'est pour rompre avec cette mystification qui n'exprime qu'un rapport de force idéologique, fondé dans le rapport de production capitaliste. Marx part donc de la cause structurale qui produit cet effet idéologique bourgeoise qui entretient l'illusion qu'on devrait partir de l'homme: Marx part de la formation économique donnée, en l'espèce, dans *Le Capital*, du rapport de production capitaliste, et des rapports qu'il détermine en dernière instance dans la superstructure. [...] Si Marx ne part donc pas de l'homme qui est une idée vide, c'est-à-dire surchargée d'idéologie bourgeoise, c'est pour arriver aux hommes concrets

el plano político, pues los discursos atravesados por esa forma ideológica terminan por debilitar las luchas por una transformación social¹⁹, en la medida en que enmascaran la lucha de clases²⁰. Él también se contrapone a las lecturas economicistas del marxismo, las cuales pregonan la primacía de las fuerzas productivas sobre las relaciones de producción y desembocan en una visión teleológica de la historia²¹. Tales lecturas llegan a creer que el desenvolvimiento de las fuerzas productivas, por sí solo, podría llevar al socialismo²².

La cuestión del humanismo en el marxismo fue objeto de discusiones candentes en diversos ámbitos, tanto académicos como políticos. En ese contexto, podemos destacar el debate ocurrido en el Partido Comunista Francés, en la década de 1960,

[...] » (ALTHUSSER, Louis. *Soutenance d'Amiens*. In: *Positions*. Paris: Editions Sociales, 1976, p. 170-171).

¹⁹ “Quand on dit aux prolétaires “ce sont les hommes qui font l’histoire”, il n’est pas besoin d’être grand pour comprendre qu’à plus ou moins longue échéance contribue à les désorienter et à les désarmer. On leur fait croire qu’ils sont tout-puissants comme “hommes”, alors qu’ils sont desarmes comme prolétaires en face de la véritable toute-puissance, celle de la bourgeoisie qui détient les conditions matérielles (les moyens de production) et politiques (l’Etat) qui commandent l’histoire. [...] Quando on leur chante la chanson humaniste, on les détourne de la lutte de classes, on les empêche de se donner et d’exercer la seule puissance dont ils disposent: celle de l’*organisation en classe*, et de l’*organisation de classe*, les syndicats et le Parti, pour conduire leur lutte de classe à eux.” (ALTHUSSER, Louis. *Réponse a John Lewis*. François Maspero, 1973, p. 48-49).

²⁰ “Althusser rattache précisément la possibilité d’agir sur l’idéologie, à partir de sa connaissance, de mettre en oeuvre une véritable “politique idéologique” qui serait aussi politique de transformation de l’idéologie (rejouant em quelque sorte à l’infini le passage historique de la politique humaniste à la politique de la lutte des classes, de “Tout les hommes sont frères” à “Prolétaires de tout les pays, unissez-vous!”).” (BALIBAR, Étienne. L’objet d’Althusser. In: LAZARUS, Sylvain. *Politique et Philosophie dans l’ouvre de Louis Althusser*. Paris: PUF, 1993, p. 94)

²¹ TURCHETTO, Maria. As características específicas da transição ao comunismo. Tradução de Márcio Bilharinho Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *Análise Marxista e Sociedade de Transição*. Campinas: UNICAMP, 2005, p. 7.

²² “O privilegiamento das forças produtivas obscurece o papel da luta de classes nas formações sociais e implica necessariamente o reforço da figura do homem, do sujeito, enquanto produtor de coisas, de objetos. (NAVES, Márcio Bilharinho. *Marx – Ciência e Revolução*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 64)

con el protagonismo de Roger Garaudy y de Louis Althusser, en lados opuestos. En mi libro *Marxismo, humanismo y derecho: Althusser y Garaudy*, recientemente publicado en Brasil por la Editorial Ideias & Letras, trato con profundidad ese importante debate –que trasciende las fronteras del partido y adquiere escala mundial- y de sus impactos para la comprensión del fenómeno jurídico.

Para muchos marxistas, inclusive para Garaudy, al vaciarse el marxismo de su carácter humanista, se transforma al hombre en “un títere llevado al escenario por las estructuras”²³. La atribución de la “pecha” de estructuralista sobre la lectura althusseriana del marxismo es bastante común. Entendemos que Althusser no puede ser clasificado como un filósofo estructuralista –rótulo que él rechazaba²⁴, aunque haya sufrido la influencia de esta corriente filosófica, habida cuenta de que la concepción estructural presente en el pensamiento althusseriano se deriva de sus lecturas de las propias obras de Marx.

Althusser apunta que, en el capitalismo, la sociedad se caracteriza como un todo complejo estructurado, compuesto de instancias que se relacionan ininterrumpidamente, de modo que la interacción entre esos niveles se da de manera compleja²⁵. En esa estructura, inciden simultáneamente determinaciones diversas, en un proceso de sobredeterminación, aunque la determinación por la economía se dé en última instancia²⁶.

En la visión del filósofo francés, no hay un sujeto de la historia, siendo completamente absurda la idea de que los hombres hacen la historia. En la realidad, la historia es un

²³ GARAUDY, Roger. *Apelo aos vivos*. Tradução de H.P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, p. 54.

²⁴ ALTHUSSER, Louis. *Éléments d'autocritique*. Paris: Librairie Hachette, 1974, p. 64.

²⁵ *Id.* Sobre a Revolução Cultural. Tradução de Márcio Bilharinho Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *Presença de Althusser*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2010, p. 165.

²⁶ *Id.* *Pour Marx*. Paris: La Découverte/Poche, 2005, p. 87-116.

proceso sin sujeto ni fin, cuyo motor es la lucha de clases²⁷. Por tanto, Althusser rompe con todas las lecturas subjetivistas y teleológicas del marxismo y destaca la importancia de analizar los movimientos históricos a partir de la concreción de las relaciones sociales.

Es importante destacar que Althusser no niega la actuación humana en el proceso histórico, sin embargo, el destaca que eso se hace a partir de determinaciones oriundas del marco estructural constituido a partir de la materialidad de cada tiempo histórico, de modo que la historia no es hecha por el individuo o por el sujeto, sino por las masas²⁸.

Siendo así, la subjetividad es vista por el filósofo francés como un efecto ideológico debido a una causa estructural, de manera que, en la sociedad capitalista, el sujeto que en ella se presenta es producto típico de ese modo de producción. En ese contexto, la ideología jurídica se presenta como la ideología por excelencia del capitalismo, en vista que la figura del sujeto de derecho es indispensable para la propia reproducción de capital²⁹.

La lectura althusseriana de la ideología es concebida con interesante originalidad, a partir de una conjugación entre

²⁷ ALTHUSSER, Louis. *Remarque sur une catégorie: procès sans Sujet ni Fin (s)*. In: *Réponse a John Lewis*. Paris : François Maspero, 1973, p. 69-76.

²⁸ "Partir de l'homme et la liberté humaine, en exaltant l'action des hommes sur l'histoire, et leur possibilité de dépasser leur condition, c'est en effet oublier les bases matérialistes du marxisme. [...] ce n'est pas l'homme, mais les "masses". [...] Mais nous dit Althusser cela ne suffit pas. Dire cela, c'est encore être dans l'idéologie, car dire ce qui est premier, ce sont les masses, c'est faire des masses un sujet. [...] Le procès de l'histoire est un procès sans sujet [...] l'histoire n'a pas de sujet, pas de commencement, mais un "moteur": la *lutte de classes* [...] et pas seulement les classes. Car ce qui est moteur, n'est moteur que par le mouvement, et le mouvement, c'est la *contradiction*. Ce qui est donc premier est un *rapport contradictoire*, et non pas un sujet." (THÉVENIN, Nicole-Edith. *Révisionnisme et philosophie de l'aliénation*. Paris: Christian Bourgois, 1977, p. 236).

²⁹ « Il suffit de simple manuels de droit ou de jurisprudence, pour voir à ciel ouvert que le Droit, qui, cas unique, fait un avec son idéologie, car il a besoin d'elle pour pouvoir « fonctionner », donc l'idéologie juridique est, en dernière instance et, le plus souvent, sous des formes d'une suprenante transparence, la base de toute l'idéologie bourgeoise. » (ALTHUSSER, Louis. *Éléments d'autocritique*. Paris: Librairie Hachette, 1974, p. 36-37).

marxismo y psicoanálisis³⁰. Así, para el filósofo francés, la ideología es constituida a través de la materialidad de las relaciones sociales y opera en el inconsciente, por lo que no se trata de una mera opción. El sujeto, en esa perspectiva, es visto como un constructo ideológico originado de prácticas materiales reiteradas. Pronto, Althusser entiende que el “sujeto consciente de sí” es una concepción eminentemente burguesa, destituida de carácter científico³¹.

Althusser también traza una contribución fundamental al pensamiento marxista al presentar el concepto de aparatos ideológicos del Estado, los que actúan predominantemente en el ámbito ideológico, ramificados en las esferas religiosa, escolar, familiar, política, sindical, de información, cultural, jurídica, entre otras. Tales aparatos son distintos, por lo tanto, los aparatos represivos del Estado, lo que comprenden las instituciones de carácter represivo y operan especialmente por medio de la represión, de modo que en ellos la ideología ocupa un papel residual. Los aparatos ideológicos del Estado tienen correspondencia con las diferentes organizaciones, tales como las iglesias, las escuelas, los medios de comunicación masivos, los sindicatos, los partidos políticos, también como con las instituciones políticas y jurídicas³².

Los aparatos ideológicos del Estado tienen sus actuaciones pautadas por prácticas materiales efectivas, siendo constituyentes y constituidos por relaciones sociales concretas, de modo que la constitución subjetiva, en la sociedad capitalista,

³⁰ « A aproximação operada por Althusser entre marxismo e psicanálise consiste antes de tudo na constatação de uma dupla negação, reiterada repetidas vezes em sua obra: Freud rejeitou o mito do homo psicologicus, assim como Marx, com a crítica da economia política clássica, dissolveu o mito do homo oeconomicus. » (GILLOT, Pascale. *Althusser e a Psicanálise. Tradução de Pedro Eduardo Zini Davoglio (Org.); Fábio Ramos Barbosa Filho; Marie-Lou Lery-Lachaume. São Paulo: Ideias & Letras, 2018, p. 25).*

³¹ ALTHUSSER, Louis. *Freud e Lacan. Marx e Freud. Tradução de Walter José Evangelista. Rio de Janeiro: Graal, 1991, p. 84.*

³² ALTHUSSER, Louis. *Idéologie et appareils idéologiques d'État. In: Positions. Paris: Editions Sociales, 1976, p. 67-125.*

necesariamente para por ellos. Los referidos aparatos son indispensables para la reproducción capitalista, pues “constituyen subjetividades intrínsecamente sumergidas en la lógica del mercado”³³.

Derecho y Estado operan por medio de la representación estatal cuanto por medio de la ideología jurídica, la que está en la base de la ideología burguesa, en la medida en que ella se funda en la subjetividad jurídica, que oblitera la visión acerca de la realidad de la lucha de clases³⁴. El mecanismo de interpelación ideológica que constituye los sujetos de derechos, lo cuales de muestran dotados de los atributos de libertad e igualdad, es fundamental para la perpetuación del capitalismo, pues permite la compra y la venta de la fuerza de trabajo en el mercado. A partir de ahí, se puede percibir que la postulación humanista de que todos los hombres son libre e iguales por naturaleza está íntimamente ligada a la ideología jurídica, encontrando terreno fértil para desenvolverse justamente en el período histórico de ascenso económico y político de la burguesía, en vista que la ideología está dotada de materialidad, o sea, surge a partir de las prácticas materiales concretas.

La ideología jurídica está necesariamente imbricada en el humanismo, pronto, la postulación de un humanismo marxista representa una visión con ausencia de científicidad, por no ser atingente a la comprensión de los meandros de reproducción capitalista, intermediando, inclusive, en la posibilidad de ruptura con ese modo de producción³⁵.

³³ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 127.

³⁴ “La ideología jurídica «prueba» que el orden social no reposa sobre la existencia de clases, sino precisamente sobre la de los individuos a los que el derecho se dirige”. (BALIBAR, Étienne. *Sobre la dictadura del proletariado*. Madrid: Siglo XXI, 1977, p. 45)

³⁵ “O socialismo, na leitura de Althusser, é um termo científico. Seu pleito se dá a partir de bases concretas contra a sociabilidade do capital. Já o humanismo, mesmo um humanismo socialista, é um termo ideológico. Ele está embalado em conceitos do Marx juvenil, como alienação e reificação. Se se toma por fundamento essa leitura marxista da juventude, o homem deve ser libertado de suas amarras e reinvestido à sua condição plena, uma espécie de humanismo real. Contra tal humanismo que carrega um arrefecimento das lutas

En las obras de juventud de Marx, especialmente en los Manuscritos de 1844, la categoría de propiedad privada ocupaba un papel central, de forma que su concepción de comunismo se estructuraba meramente en la noción de repartición, presentándose, por tanto, sometida a las nociones de ideología jurídica³⁶. El humanismo, consustanciado con el concepto de alienación, se hacía presente, ocasionando una postura teórica que no se desapegaba del par “sujeto/objeto” y, por consiguiente, permitía que se pudiese pensar en el derecho como instrumento para que los hombres lograsen la recuperación de su esencia³⁷.

Siendo así, la constatación althusseriana de que el marxismo se constituye en un anti-humanismo teórico trae impactos profundos para la comprensión del derecho en el capitalismo, en la medida en que demuestra el cambio de problemática en las obras de Marx, despegándose, por tanto, de la ideología jurídica presente en sus textos de juventud. La concepción humanista del marxismo es calcada de la noción de subjetividad, luego, no permite que se proceda a la crítica estructural de la categoría sujeto de derecho.³⁸

sociais, porque se situa no núcleo do indivíduo como base do mundo, Althusser insiste num anti-humanismo teórico. [...] O marxismo, ao tratar cientificamente do socialismo, não parte da categoria homem, mas, sim, de todo o ferramental de conceitos como mercadoria, valor, forma social, produção, classe etc. Com isso, não se quer dizer que o anti-humanismo teórico seja contra o homem, mas, sim que até mesmo para a perspectiva de uma sociabilidade mais humanitária é preciso beber das fontes da ciência da transformação social e não de chaves teóricas pré-marxistas, como o indivíduo.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018).

³⁶ THÉVENIN, Nicole-Edith. *Révisionnisme et philosophie de l'aliénation*. Paris: Christian Bourgois, 1977, p. 92-96.

³⁷ “Nos *Manuscritos de 44*, toda a problemática da alienação se “resolve” em um simples ato jurídico: a supressão da alienação decorreria da extinção da propriedade privada. O homem poderia então recuperar sua essência perdida nos objetos que produz, e que lhes “escapam”, porque eles não são mais a propriedade dele próprio, mas de um outro, estranho a ele e a ele sobreposto, e que deles se apropria. O direito devolveria ao homem o tecido roto de sua “generalidade”, de sua verdadeira condição humana.” (NAVES, Márcio Bilharinho. *A Questão do Direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2014, p. 93)

³⁸ MAGALHÃES, Juliana Paula. *O direito no debate marxista sobre o humanismo*. In: *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*. São Paulo: Ideias & Letras, 2018, p. 169-212.

En la perspectiva althusseriana, no hay teleología, luego, la llegada al comunismo no se presenta como fatalidad o como finalidad histórica inexorable, de modo que la transición socialista es vista como un proceso de ruptura con las estructuras sociales burguesas, por medio de una acción revolucionaria de masas, que podrá o no ocurrir dependiendo de desarrollo de los movimientos históricos. Por lo tanto, la propia dialéctica, en Althusser, es pensada de manera distinta de aquella tradicionalmente asentada en los medios marxistas de inspiración hegeliana, pues ella no es vista como mera “negación de la negación”, más sí como ruptura³⁹. En sus últimos textos, Althusser tomó su lectura anti-teleológica de los procesos históricos al límite, al teorizar sobre el materialismo aleatorio, que, entre otras posibilidades de lectura, puede ser entendido como una teoría de transición entre los modos de producción⁴⁰.

Así, se verifica que el pensamiento de Louis Althusser es indispensable para la comprensión del marxismo, especialmente por presentar una innovadora lectura de corte epistemológico de la producción teórica de Marx, bien para traer luz indispensable sobre el problema de la ideología, ampliando los horizontes del marxismo, a partir de una conjugación con el psicoanálisis. Sin embargo, aunque ha alcanzado elevada comprensión de la ideología jurídica y de su importancia para la reproducción capitalista, en relación con el derecho propiamente dicho, Althusser tiene un abordaje, en cierta medida, limitado⁴¹. Así, para la

³⁹ ALTHUSSER, Louis. *Por Marx*. Tradução de LOUREIRO, Maria Leonor F.R. Campinas: UNICAMP, 2015, p. 85.

⁴⁰ “[...] o que é um modo de produção? Dissemos, seguindo Marx: uma “combinação” particular de elementos. [...] Esses elementos não existem na história *para que exista um modo de produção*, eles existem em estado “flutuante” antes de sua “acumulação” e “combinação”, sendo cada um o produto de sua própria história e não o produto teleológico dos outros ou da história deles.” (ALTHUSSER, Louis. *A corrente subterrânea do materialismo do encontro*. Tradução de Mônica G. Zoppi Fontana. Disponível em:

<https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo110artigo1.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017, p. 32-33.)

⁴¹ “Por menos ambiciosa que seja sua teorização a respeito do direito, temos que ela é capaz de forjar uma problemática geral no interior da qual o direito poderia ser encarado nos

elucidación plena de la especificidad histórica del derecho y su imbricación en el modo de producción capitalista, precisaremos recorrer los notables avances teóricos emprendidos por el jurista ruso Evguiéni Pachukanis.

III. Pachukanis y la forma jurídica

Evguiéni Pachukanis puede ser considerado el principal pensador del derecho en el campo del marxismo por introducir una innovadora lectura del fenómeno jurídico a partir de la obra madurez de Marx⁴². El jurista ruso, haciendo uso del método marxista, emprende una relectura del derecho, demostrando su intrínseca ligazón con el capitalismo rompiendo con la tradicional visión juspositivista⁴³. Teoría general del derecho y marxismo, su obra más importante, presenta una crítica contundente a la teoría general del derecho tradicionalmente asentada, subvirtiendo sus bases al desvelar el “secreto” de la forma jurídica, con lastre en las herramientas teóricas ofrecidas por el marxismo. En ese sentido, observa Márcio Bilharinho Naves,

seus diversos níveis de abstração, bem como nas diversas funções que é obrigado a assumir na conformação e reprodução do modo de produção capitalista, o que o poria em posição de um ponto de partida útil para um enfrentamento crítico do direito como ideal abstrato e como conjunto de práticas.” (DAVOGLIO, Pedro. *Althusser e o direito*. São Paulo: Ideias & Letras, 2018, p. 208).

⁴² “O jurista russo Evguiéni Pachukanis (1891-1937) é o maior pensador do direito do marxismo. Sua expressividade se deve ao mergulho profundo que empreendeu para extrair, da lógica do próprio Marx – em especial nas suas obras de maturidade, como em *O Capital* -, uma teoria do direito, compreendendo sua especificidade e sua íntima conexão com o capital.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 472).

⁴³ “Não se devem tomar as relações capitalistas como um bloco genérico para que fique clara, então, a verdade do direito. Tampouco o direito pode ser entendido de maneira abstrata, fora da história específica das próprias relações capitalistas. O direito é imediatamente verificado quando, pelas primeiras vezes, estrutura-se um sistema de trocas mercantis generalizadas. O fundamento metodológico de Pachukanis, portanto, demonstra-se fiel ao próprio Marx. A forma jurídica não é tomada como um mero normativismo genérico, fora da história. É a circulação mercantil que dá especificidade ao direito. Logo, a forma jurídica é um dado histórico-social concreto, do plano do ser e não mais do dever-ser, como o foi com toda a tradição metafísica e juspositivista.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 476).

en los principales estudios del pensamiento pachukaniano en la actualidad: “la concepción de Pachukanis corresponde enteramente a las reflexiones que Marx desarrolla, sobre todo en *Grundrisse* o en *O capital*, a propósito del lugar central que ocupa el análisis de la forma para comprender las relaciones sociales capitalistas”⁴⁴.

La radicalidad de las ideas pachukanianas, no obstante, la notoriedad alcanzada por el jurista ruso en la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, acabó originando persecuciones por parte del régimen stalinista, que culminaron con su muerte precoz. La crítica de Pachukanis al derecho, del cual postulaba la imposibilidad de un socialismo jurídica, iba a contramano de las prácticas soviéticas en aquel período⁴⁵.

Pachukanis se distancia completamente del positivismo jurídico, que postula una identificación entre derecho y norma. Para él, el derecho es forma social⁴⁶ inherente al modo de producción capitalista⁴⁷, cuyo núcleo reside en el sujeto de derecho,

⁴⁴ NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 48.

⁴⁵ “O que Pachukanis fez foi uma verdadeira “revolução copernicana” no âmbito do direito, subvertendo completamente o modo de se compreender esse fenômeno, para além de todas as “evidências” e “certezas” consolidadas por séculos de elaboração jurisprudencial. É dele o mérito teórico e histórico de ter buscado, acompanhando as indicações de Marx, especialmente em *O Capital*, a natureza íntima do direito no processo do valor de troca, portanto, o mérito de ter captado a sua especificidade burguesa. A extrema radicalidade teórica e política que decorre desse enunciado basilar, ao implicar na única crítica consequente ao normativismo e na completa interdição de qualquer espécie de “socialismo jurídico”, até mesmo as que se encobriam sob as enganosas vestes de um direito “popular”, “proletário” ou “socialista”, elevou Pachukanis ao posto de maior influência no front jurídico soviético, mas também foi responsável pelo seu rápido declínio, que culminaria com a sua trágica e prematura morte.” (KASHIURA JR., Celso Naoto; NAVES, Márcio Bilharinho. *Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. *Revista Jurídica Direito & Realidade*, v. 1, n. 2 (2011). Disponível em: www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/245. Acesso em: 16 nov. 2018.

⁴⁶ “Se se assemelhar forma à fôrma que pode ser preenchida por conteúdos variados, a transposição de tal perspectiva ao plano social dirá respeito aos moldes que constituem e configuram os sujeitos, atos e suas relações.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 21).

⁴⁷ “A teoria marxista encara qualquer forma social como histórica”. (PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo,

de manera que el momento normativo, resultado del sello estatal, ocurre apenas posteriormente. Así, el derecho se presenta como producto de las prácticas materiales de carácter capitalista, las que se constituyen a partir de la forma mercantil. Es interesante destacar las propias palabras de Pachukanis acerca de esta cuestión:

(...) la dogmática jurídica concluye que todos los elementos existentes en la relación jurídica, entre ellos el propio sujeto, son generados por la norma. En verdad, claro, la condición previa fundamental por medio de la cual todas las normas concretas ganan significado consiste en la existencia de la economía mercantil monetaria. Apenas mediante esa condición previa el sujeto de derecho tiene susubstrato material en la persona del sujeto económico egoísta, que la ley no crea, más encuentra delante de sí y determina. Así, donde ese substrato está ausente, la relación jurídica correspondiente es a priori inconcebible (...) El poder estatal confiere claridad y estabilidad a la estructura jurídica, pero no crea sus presupuestos, los cuales están arraigados en las relaciones materiales, o sea, de producción.⁴⁸

Piotr Stutchka, célebre jurista contemporáneo a Pachukanis, también traza un camino de apartamiento en relación al juspositivismo⁴⁹ y, a partir de una perspectiva marxista, identifica el derecho como “expresión directa de la lucha de clases”⁵⁰.

2017, p. 119).

⁴⁸ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 103-104.

⁴⁹ “Evguiéni Pachukanis não funda sua leitura do direito diretamente nas instituições normativas, afastando, assim, o juspositivismo recorrente da autoexplicação dos juristas. Mas também não se situa no patamar intermediário das explicações do direito pelo poder. Esse campo vasto e altamente constrotante entre seus pensadores vai de um Carl Schmitt a um Michel Foucault e, insolitamente, congrega boa parte do pensamento jurídico da esquerda – daquela de um direito insurgente ou alternativo – e também do próprio marxismo – como é o caso de Piotr Stutchka.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Política e crise do capitalismo atual: aportes teóricos*. In: *Crise e Golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 108).

⁵⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 467.

Pachukanis reconoce la verdad parcial de la proposición de Stutchka, sin embargo, no se limita a ella, pues busca desentrañar el corazón del derecho burgués⁵¹, utilizando el mismo método que Marx utilizó para hacer una crítica a la economía política.

Marx demuestra que el capitalismo se caracteriza por la universalización de la forma mercantil, que se deriva de la mercantilización de la fuerza de trabajo⁵². En ese contexto, se constituye la forma jurídica, en la medida en que para que los cambios de mercancías capitalistas pueden ocurrir, es necesario que tanto proletarios como capitalistas se conviertan en sujetos de derecho libres e iguales. Luego, la subjetividad jurídica es oriunda de las relaciones de producción capitalistas⁵³.

⁵¹ “O camarada P. I. Stutchka, a nosso ver, colocou de modo muito acertado o problema do direito como sendo um problema das relações sociais. Mas, em vez de começar a buscar objetividades sociais específicas, voltou-se para a definição formal habitual, ainda que limitada por questões de classe. Segundo a fórmula geral elaborada pelo camarada Stutchka, o direito já não mais figura como uma relação social específica, mas como o conjunto das relações em geral, como um sistema de relações que corresponde aos interesses da classe dominante e os assegura pelo uso da força organizada. Como consequência, no interior desses sistemas de classes, o direito como relação é indistinguível das relações sociais em geral, e o camarada Stutchka já não está em condições de responder à capciosa questão do professor Reisner sobre como as relações sociais se transformam em instituições jurídicas ou como o direito se transformou no que é. [...] A definição dada pelo camarada Stutchka, talvez por ser produto do Commissariado do Povo para a Justiça, está ajustada às necessidades da prática jurídica. Ela demonstra as limitações empíricas que a histórica sempre coloca à lógica jurídica, mas não expõe as raízes profundas dessa mesma lógica. Essa definição revela o conteúdo de classe contido nas formas jurídicas, mas não nos explica por que esse conteúdo assume tal forma.” (PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 96).

⁵² “O que caracteriza a sociedade capitalista é, portanto, que a força de trabalho assume para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence, razão pela qual seu trabalho assume a forma do trabalho assalariado. Por outro lado, apenas a partir desse momento universaliza-se a forma-mercadoria dos produtos do trabalho.” (MARX. Karl. *O Capital*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013, p. 245).

⁵³ “[...] a força de trabalho só pode aparecer como mercadoria no mercado na medida em que é colocada à venda ou é vendida pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é a força de trabalho. Para vendê-la como mercadoria, seu possuidor tem de poder dispor dela, portanto, ser o livre proprietário de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e estabelecem uma relação mútua como iguais possuidores de mercadorias, com a única diferença de que um é comprador e o outro,

La exploración del trabajo en el capitalismo sólo es posible por medio de la constitución de individuos en sujetos de derecho, pues, caso contrario –si los individuos se presentan destituidos de los atributos de libertad e igualdad-, no se constituiría el contrato de trabajo, que se consubstancia en la compra de fuerza de trabajo del trabajador por parte del propietario de los medios de producción a cambio del salario, en una relación que conlleva la generación de más valor⁵⁴. Por tanto, se verifica que el lastre de la teoría pachukaniana reside en la esfera de producción y no en la mera circulación simple, en vista que la forma jurídica apenas surge cuando las relaciones de producción se tornan capitalistas⁵⁵.

vendedor, sendo ambos, portanto, pessoas juridicamente iguais.” (MARX. Karl. *O Capital*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013, p. p. 242).

⁵⁴ “A força de trabalho é a própria capacidade do trabalhador, ou seja, o que o trabalhador aliena ao capitalista no contrato de trabalho é a utilização de suas forças vitais, no processo de produção, durante um intervalo de tempo determinado. Trata-se, então, de uma mercadoria peculiar porque, antes de tudo, a força de trabalho é, em certo sentido, o próprio trabalhador: ao alienar um tempo determinado de utilização da sua força de trabalho, o trabalhador aliena um tempo determinado de utilização de suas próprias forças corpóreas e intelectuais. Trata-se, mais ainda, de uma mercadoria peculiar porque a força de trabalho contém em si a especificidade de, uma vez consumida, isto é, posta em movimento no processo de produção propriamente dito, gerar uma quantidade de valor superior àquela dispendida como seu equivalente a título de salário: essa diferença (mais-valor) é apropriada pelo detentor dos meios de produção, o capitalista. [...] O trabalhador é, portanto, constituído sujeito de direito na medida em que figura como guardião da mercadoria força de trabalho, o que significa dizer: na medida em que figura como guardião de si mesmo como mercadoria.” (KASHIURA JR., Celso Naoto. *Sujeito de direito e interpelação ideológica: considerações sobre a ideologia jurídica a partir de Pachukanis e Althusser*. Revista *Direito e Práxis* – vol. 6, n. 10. Rio de Janeiro: UERJ, 2015, p. 55)

⁵⁵ “É verdade que há, para Pachukanis, uma relação de determinação imediata entre forma jurídica e forma da mercadoria, como vimos, mas a determinação em Pachukanis é, a rigor, uma *sobredeterminação*. A esfera da circulação, que determina diretamente as formas do direito, é por sua vez determinada pela esfera da produção, no sentido preciso de que só o específico processo de organização capitalista do trabalho permite a produção de mercadorias como tais, isto é, como resultado de um trabalho que se limita a ser puro dispêndio de energia laborativa indiferenciada. Ora, se a forma do direito depende da forma da mercadoria, e esta só se realiza no modo de produção capitalista, então a forma jurídica também depende do modo específico de organização do processo do trabalho decorrente da instauração das relações de produção capitalistas. Podemos, então, dizer que, se o direito

Así, a partir de la constatación del carácter histórico de las formas sociales, se tiene que la forma jurídica deriva directamente de las formas mercantiles, las que constituyen el núcleo estructural del capitalismo⁵⁶. A su vez, la forma jurídica permite la reproducción capitalista, situación que revela un proceso continuo de mutua imbricación, en vista que “el trabajador asalariado surge en el mercado como un libre poseedor de su fuerza de trabajo porque la relación capitalista de explotación es mediada por la forma jurídica del contrato⁵⁷.”

En las sociedades pre capitalistas, la forma de subjetividad jurídica estaba ausente, de la misma manera que la forma mercantil, de la cual ella deriva. Aun cuando se admita la existencia de tales formas en el período anterior al advenimiento del capitalismo, puede reconocérselas, como máximo, en carácter incidental y embrionario. Solamente el modo de producción capitalista conlleva la constitución de las formas sociales a él inherentes y peculiares, considerando la ruptura estructural que representó con los modos de producción que le antecedieron.

En la antigüedad, el esclavismo se pautaba por una relación de mando directo entre señor y esclavo, en la cual el vínculo entre ellos se daba por medio de la fuerza. Intercambio de mercancías podían existir entre los señores de esclavos, en tanto, ellos no eran determinantes en aquel modo de producción, en vista que las relaciones de producción eran esclavistas. Por consiguiente, los esclavos eran desprovistos de subjetividad jurídica, por tanto, no se podía de ninguna manera hablar de existencia de una forma jurídica plena. Siendo así, el denominado “derecho

“acompanha” o movimento da circulação, uma vez que esse movimento é “comandado” pelas “exigências” da produção, o direito sofre também a determinação dessa esfera, ainda que não de modo imediato.” (NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e Direito – Um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 72-73)

⁵⁶ “A sociedade capitalista é antes de tudo uma sociedade de proprietários de mercadorias.” (PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 119)

⁵⁷ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 118.

romano” es completamente distinto de aquello que se llama derecho en las sociedades capitalistas⁵⁸.

En la edad medida, caracterizada por el modo de producción feudal, también “estaba ausente el concepto abstracto de sujeto de derecho”⁵⁹. En aquel período histórico, la dominación que el señor feudal ejercía sobre el siervo se daba de manera directa, siendo que la servidumbre era el vínculo que los unía. El siervo estaba preso de la tierra y de ella dependía para su propia subsistencia y, por otro lado, el señor feudal detentaba el poder político y económico en su feudo, en condición de poseedor de grandes extensiones de tierras. Aquella formación social se caracterizaba por su carácter estamental y, por lo tanto, los conceptos de libertad e igualdad universales estaban ausentes.

Así, conforme observa Pachukanis, “apenas con el completo desenvolvimiento de las relaciones burguesas el derecho adquirió un carácter abstracto”⁶⁰. La profundización de la forma mercantil conlleva la universalización de la forma jurídica, de modo que los individuos adquieren la predicación de sujetos de derecho, permitiendo que el circuito de intercambio de mercancías se perpetúe⁶¹. El trabajador pasa a poder vender su fuerza de trabajo en el mercado y al mismo tiempo queda apartado de los medios

⁵⁸ “A diferença fundamental reside em que a subjetividade no mundo antigo está presa a determinações qualitativas, ela difere de um homem a outro, colocando-os em posições sociais distintas, de sorte que a capacidade volitiva possui graus variados de expressão.” (NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2014, p. 71)

⁵⁹ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 126.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 127.

⁶¹ “As categorias mais características do direito burguês – o sujeito de direito, a propriedade, o contrato etc. – antes de mais nada e mais claramente do que tudo, revelam a sua base material no fenômeno da troca. A categoria do sujeito de direito corresponde à categoria do valor-trabalho. Os atributos da mercadoria, impessoalidade, generalidade e mensurabilidade, são completados pelos atributos formais da igualdade e da liberdade, os quais os proprietários das mercadorias conferem uns aos outros.” (PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria marxista do direito e a construção do socialismo*. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org). *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*. Campinas: IFCH-UNICAMP, 2009, p. 142-143).

de producción, los que son propiedad de la clase burguesa. Así, los atributos de libertad e igualdad inherentes a la subjetividad jurídica, paradójicamente, pasan a ser integrantes de la estructura de grilletes que construyen la explotación en el capitalismo, el cual se torna posible por medio del contrato y no más por el uso directo de la fuerza como en las sociedades pre capitalistas⁶².

En lo que atañe al Estado, Pachukanis lo conceptúa como forma política inherente al modo de producción capitalista y, tal como la forma jurídica, igualmente derivado de la forma mercantil. A diferencia de los modos de producción anteriores, es recién en el capitalismo que se presenta la forma política estatal, consubstanciándose el Estado en un ente tercero, apartado de las clases, que por sus formas es apto para garantiza la reproducción del capital, pues para que pueda haber la explotación del trabajo por medio del contrato es indispensable que exista una instancia distinta tanto de los propietarios de la fuerza de trabajo como de los propietarios de los medios de producción⁶³.

⁶² “Ainda que o indivíduo A sinta necessidade da mercadoria do indivíduo B, não se apodera dela pela força, nem vice-versa, mas reconhecem-se mutuamente como proprietários, como pessoas cuja vontade impregna suas mercadorias. Em decorrência, aqui entra de imediato o momento jurídico da pessoa e da liberdade, na medida em que está contida na primeira. Nenhum deles se apodera da propriedade do outro pela força. Cada um a cede voluntariamente.. [...] Pelo próprio ato da troca, o indivíduo, cada um dos indivíduos, está refletido em si mesmo como sujeito exclusivo e dominante (determinante) do ato da troca. Com isso, portanto, está posta a completa liberdade do indivíduo: transação voluntária; nenhuma violência de parte a parte [...]. Se, portanto, a forma econômica, a troca, põe a igualdade dos sujeitos em todos os sentidos, o conteúdo, a matéria, tanto individual como objetiva, que impele à troca, põe a liberdade. Igualdade e liberdade, por conseguinte, não apenas são respeitadas na troca baseada em valores de troca, mas a troca de valores de troca é a base produtiva, real, de toda igualdade e liberdade. Como ideias puras, são simples expressões idealizadas dessa base; quando desenvolvidas em relações jurídicas, políticas e sociais, são apenas essa base em uma outra potência. E isso também se verifica historicamente. A igualdade e a liberdade nessa extensão são exatamente o oposto da liberdade e igualdade antigas, que não têm justamente o valor de troca desenvolvido como fundamento, mas se extinguem com seu desenvolvimento. Elas pressupõem relações de produção que ainda não haviam se realizado no mundo antigo nem tampouco na Idade Média.” (MARX, Karl. *Grundrisse*. Tradução de Mario Duayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 187-188).

⁶³ “Na medida em que a relação de exploração se realiza formalmente como uma relação entre dois proprietários de mercadoria “independentes” e “iguais”, dos quais um, o proletário,

La lectura materialista emprendida por Pachukanis desmitifica la visión tradicional asentada en que el Estado se constituye en una instancia neutra⁶⁴. El jurista ruso demuestra que el Estado es forma política del capitalismo, ósea, el Estado es capitalista por su forma. La burguesía, en el modo de producción capitalista, no ejerce un dominio directo en relación al proletariado, mas ejerce su explotación por medio de formas sociales, entre la que está el Estado. El Estado está atravesado por la lucha de clases, más no es ella la que determina su estructura.

El avance teórico emprendido por Pachukanis es norma tanto como pensamiento jurídico, en general, cuanto en el propio horizonte marxista, influenciando teóricos posteriores, como, por ejemplo, en el campo del *derivacionismo*⁶⁵. Pachukanis identifica la especificidad histórica de la forma jurídica, cuyo núcleo reside en la subjetividad jurídica, presentándose como equivalente y reflejo de la forma mercantil. Más allá de eso, el jurista ruso también avanza en el análisis del papel del Estado, presentándolo como forma política del capitalismo y, tal como la forma jurídica, derivada de la forma mercantil. Ese salto cualitativo permite que se logra una comprensión estructural de los papeles del derecho y del Estado en la sociedad capitalista. En esa perspectiva, la norma jurídica no representa la verdad del derecho, ya que la forma jurídica es un producto social. Siendo así, resta evidencia la oposición de la lectura de matriz pachukaniana, en relación con las visiones juspositivistas, conforme explica Alysson Leandro Mascaro, al tratar el debate sobre la derivación del Estado:

vende a força de trabalho, e outro, o capitalista, compra-a, o poder político da classe pode adquirir a forma do poder público.” (PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 144)

⁶⁴ “O Estado jurídico é uma miragem totalmente conveniente para a burguesia, pois substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde das massas o domínio da burguesia.” (PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 148)

⁶⁵ CALDAS, Camilo Onoda. *A teoria da derivação do Estado e do direito*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2015.

El entendimiento de la forma política estatal como derivada de la forma mercantil se empareja con la más radical tradición marxista de comprensión del derecho, que tiene en Pachukanis su punto nodal. El mismo proceso de derivación se da entre la forma de subjetividad jurídica y la forma mercantil. En tal materialidad fundante de las formas sociales, se aleja de las lecturas idealistas –Estado como bien común, derecho como justicia u orden- de tal suerte que queda patente la naturaleza capitalista de la forma política estatal y del derecho. Derivadas de una misma determinación social por la mercancía, forma política estatal y forma de subjetividad jurídica no se confunden. Ni el Estado crea al derecho, ni viceversa, contrastando con los juspositivistas. La subjetividad jurídica es materialmente derivación de la circulación de personas y bienes en el capitalismo. El Estado se erige como relación social notable de la propia valorización del valor. Entre forma política estatal y forma de subjetividad jurídica, sin embargo, se pasa a un proceso de acoplamiento, ajuste y acomodamiento. Derivadas de la misma dinámica social y de sus formas determinantes, tales formas sociales tienen a implicarse posteriormente.⁶⁶

Por lo tanto, como fruto del pensamiento de Pachukanis, queda prohibida la posibilidad de un socialismo jurídico, ante el hecho de que la forma jurídica está necesariamente vinculada a las relaciones capitalistas de producción. Del mismo modo, considerando también la forma política estatal como directamente derivada de la forma mercantil, se tiene por evidenciada la inviabilidad de la perpetuación del Estado en la transición socialista. Siendo así, en la óptica pachukaniana, el socialismo representa un proceso de ruptura con las formas sociales burguesas y, por consiguiente, de extinción del Estado y del derecho.

⁶⁶ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 593-594.

IV. Derecho, Estado y capitalismo

Althusser y Pachukanis, si bien por medio de abordajes distintos, demuestran que la subjetividad jurídica es peculiar al modo de producción capitalista⁶⁷. En la esclavitud de la antigüedad y en el feudalismo medieval, la figura del sujeto de derecho no se hacía presente en la materialidad de las relaciones sociales. Incluso a nivel filosófico, conforme apunta el jurista francés Michel Villey, en otra clave teórica, la génesis de la subjetividad jurídica⁶⁸, aunque pueda ser encontrada en los escritos de Guillermo de Ockham, apenas se desarrolla en un período posterior, principalmente a partir de la obra de pensadores como Thomas Hobbes, Immanuel Kant, entre otros⁶⁹.

La génesis material de la subjetividad jurídica resulta de la mercantilización de la fuerza de trabajo. En la sociedad capitalista surge y se universaliza la forma mercantil, ocasionando un proceso de derivación de formas sociales. El derecho y el Estado apenas existen sobre el ejido del capitalismo. Aunque muchos se valgan del aforismo *ubi societas ibi jus* para apuntar una continuidad histórica del derecho –que sería inherente a toda especie de sociedad, desde la antigüedad-, en realidad, el derecho, concebido como forma jurídica nucleada en la figura del sujeto de derecho, tiene historicidad relativamente reciente, cuando se considera todo el período de existencia humana

⁶⁷ “Althusser e Pachukanis apresentam proposições convergentes no sentido de que o direito burguês é produto das relações sociais concretas, ou seja, adveio das necessidades intrínsecas ao capitalismo, sendo, portanto, a ele inerente e peculiar. No entanto, a distinção de abordagem teórica de cada um deles aparece no fato de que, enquanto o foco de Althusser é o estudo profundo e original da ideologia jurídica, em Pachukanis, apresenta-se o desvendar da forma jurídica. Daí a importância de uma abordagem conjugada de ambos os pensadores, de modo a se poder extrair uma compreensão mais acurada do fenômeno jurídico.” (MAGALHÃES, Juliana Paula. *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*. São Paulo: Ideias & Letras, 2018.)

⁶⁸ O pensamento de Michel Villey acerca da questão da subjetividade jurídica é o objeto de minhas pesquisas atuais para a redação de minha tese de doutorado, intitulada “Michel Villey e a subjetividade jurídica”, que se encontra em fase de elaboração.

⁶⁹ VILLEY, Michel. *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Le moyens du droit*. Paris: Dalloz, 2001, p. 106-109.

en la tierra. De la misma manera, el Estado burgués es completamente diverso de los núcleos de poder existente en las sociedades antiguas y feudales.

La imbricación entre derecho, Estado y capitalismo es estructural, en la medida en que la subjetividad jurídica es fundamental para la reproducción capitalista, del mismo modo que la forma política estatal. En la sociedad capitalista, el trabajador se presenta como propietario de su fuerza de trabajo y apto para venderla en el mercado a los propietarios de los medios de producción, de manera libre, por medio del contrato. En esa relación jurídica oriunda de la mercantilización de la fuerza de trabajo, libertad e igualdad son atributos intrínsecos tanto al trabajador cuanto al capitalista, siendo, por tanto, ambos constituidos sujetos de derecho. En el mismo contexto, se presenta la necesidad de una instancia separada tanto de la clase trabajadora, cuanto de la clase burguesa, de modo de permitir que ese proceso se perpetúe. Allí se explicita la derivación de las formas jurídica y política estatal a partir de la forma mercantil. Acerca de ese punto, es importante destacar las aclaraciones de Alysson Leandro Mascaro, en su obra *Estado y forma política*, considerada una de las más importantes sobre el tema en la actualidad:

El vínculo entre forma política y forma jurídica es de conformación, realizando entre si una especie de derivación de segundo grado, a partir de un fondo primero y necesario que es derivado directamente de la forma mercantil. Y el aparato estatal ya necesariamente existente en las formas jurídica ya anunciadas socialmente se encuentran para entonces establecer un complejo fenoménico político-jurídico. Se puede entender, entonces, que las formas política y jurídica, ambas singulares, son derivadas de formas sociales comunes y apenas posteriormente conformadas, recíprocamente. En tal proceso de conformación, los límites nucleares de las dos formas son necesariamente mantenidos en su especificidad como estructuras fundamentales de reproducción del capital.⁷⁰

⁷⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 41.

El derecho, como como se presenta en la actualidad, es una exclusividad del capitalismo, en vista de “su vínculo con el proceso de subsunción real del trabajo al capital que da el modo de producción capitalista y su carácter específicamente capitalista”⁷¹. Eso ocurre, pues, “como la subsunción real del trabajo al capital, el primero se generaliza, y el trabajador se abstrae de sus propias condiciones para entonces vender un dispendio genérico de energía”⁷². En ese contexto, la referida “equivalencia entre trabajadores que se venden conlleva al sujeto de derecho como forma social general”⁷³. Por lo tanto, el derecho, en el capitalismo puede ser definido como “la forma de equivalencia autónoma”, luego, “toda relación en que la equivalencia no existe o se encuentra en posición subordinada, es una relación de naturaleza no jurídica, una relación de poder”⁷⁴.

En ese sentido, Pachukanis destaca que “toda relación jurídica es una relación entre sujeto”, siendo que “el sujeto es el átomo de la teoría jurídica, el elemento más simple e indivisible, que no puede ser descompuesto”⁷⁵. Por su parte, Althusser, al hacer la crítica al humanismo y a la ideología jurídica en el imbricada, afirma que “el hombre sujeto libre, o el hombre libre sujeto de sus actos y pensamiento, es de inicio un hombre libre para poseer, vender y comprar, al sujeto de derecho”⁷⁶. Luego, conforme afirma Bernard Edelman, “ la marcha de las

⁷¹ NAVES, Márcio Bilharinho. *A Questão do Direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2014, p. 79.

⁷² MASCARO, Alysso Leandro. Política e crise do capitalismo atual: aportes teóricos. In: *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 109.

⁷³ *Ibid.*, p. 109.

⁷⁴ NAVES, Márcio Bilharinho. *A Questão do Direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2014, p. 87.

⁷⁵ PACHUKANIS, Evguiéni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 118.

⁷⁶ ALTHUSSER, Louis. Sustentação de tese em Amiens. Tradução de Rita Lima. In: *Posições 1*: Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 160.

fuerzas productivas capitalistas se realiza concretamente en ese lugar, el del sujeto de derecho”⁷⁷. El jurista francés continúa:

Puedo responder entonces a la pregunta abierta por Althusser: si es verdad que toda la ideología interpelan a los individuos como sujetos, o contenido concreto/ideológico de la interpelación burguesa y lo siguiente: el individuo es interpelado como encarnación de las determinaciones de valor que intercambia. Y puedo agregar que el sujeto de derecho constituye la forma privilegiada de esta interpelación, en la exacta medida en que el Derecho asegura y asume la eficacia de la circulación⁷⁸.

Por lo tanto, el aspecto central para la comprensión del derecho en el capitalismo es el estudio de la subjetividad jurídica, tanto en su aspecto de forma social cuanto de constructo ideológico. Siendo así, “de algún modo, la reflexión de Althusser al respecto de la subjetividad y se su especificidad en el capitalismo se presta al encuentro con la cuestión pachukanian de la subjetividad jurídica”⁷⁹.

La subjetividad jurídica está constituida a partir de la materialidad de las relaciones de producción capitalista y, al mismo tiempo, permite que ese modo de producción, estructurado en la explotación, se pueda perpetuar⁸⁰. Así, reviste propiedad la constatación de Alysson Leandro Mascaro: “insisto siempre en

⁷⁷ EDELMAN, Bernard. *O Direito Captado pela Fotografia - Elementos para uma teoria marxista do direito*. Tradução de Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976, p. 66.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 137.

⁷⁹ MASCARO, Alysson Leandro. Política e crise do capitalismo atual: aportes teóricos. In: *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 111.

⁸⁰ “O capitalista explora o trabalhador valendo-se do artifício de que este, formalmente, trabalha para aquele porque quis, isto é, porque assinou um contrato de trabalho. Ou seja, o vínculo da exploração advém de um instrumento jurídico. O trabalho só passa a ser vendido pelo trabalhador por absoluta necessidade, na medida em que ele é afastado dos meios de produção, mas, formalmente, isso se compreende mediante o artifício jurídico do uso de sua própria vontade. Nascendo as atividades mercantis capitalistas, nascem em conjunto as instituições jurídicas que lhes dão amparo.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5)

proponer que el sujeto de derecho es tan sólo y apenas otro modo de decir sujeto por el derecho”⁸¹.

Así como el derecho tiene su especificidad en las relaciones de producción capitalista, tenemos también, en ese modo de producción, el carácter peculiar del Estado, en cuanto forma política derivada de la forma mercantil, tal como la forma jurídica. La materialización de tales formas sociales es producto de un proceso histórico complejo y conflictivo⁸². Acerca de la constitución de la forma política estatal, es importante destacar las aclaraciones de Mascaro:

Quando los intercambios se generalizan e incluso el trabajo pasa a ser objeto de intercambio –trabajo asalariado–, los individuos, ante el mercado, apagando sus características de clase, de cultura y de condición económica, reduciéndose a regiones formalmente iguales cambiadas libremente –con el dispositivo de autonomía de la voluntad, se tornan sujetos de derecho. La forma-valor, que permea las relaciones de circulación y producción, está hasta entonces derivada en forma jurídica. Mas la forma-valor sólo puede existir cuando también se deriva en forma política estatal. En el capitalismo, los aparatos que garantizan el vínculo contractual y que XXX contratante y contratado son distintos formalmente de ambas partes. El contrato exprime la forma-valor y el valor es referenciado en cosas, bienes, dinero, propiedad privada. El aparato político, tercero respecto de todos los poseedores y trabajadores, garante, más allá de los vínculos de intercambio y alguno de sus términos, la propia apropiación formal del valor para el sujeto, ósea, la propiedad privada. (...) Así, es el mismo circuito de las relaciones sociales de producción aquel

⁸¹ MASCARO, Alysson Leandro. Apresentação. *Revista Margem Esquerda*, n. 30. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 30.

⁸² “O capitalismo e o Estado moderno surgiram no curso de um complexo processo histórico, e seu desenvolvimento foi condicionado reciprocamente.” (HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Matorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 61).

que conlleva la forma-valor, la forma-jurídica y la forma política estatal⁸³.

Así, podemos observar que la lectura marxista del fenómeno jurídico es totalmente opuesta tanto al idealismo juspositivista cuanto al jusnaturalismo moderno. Derecho y Estado son formas sociales engendradas a partir de la concreción de las relaciones sociales capitalistas, luego, no se constituyen en un a priori de razón, a los moldes kantianos. La célebre oposición entre ser y deber ser, en lo que se refiere al estudio del derecho, es nada más que una construcción ideológica burguesas.

La ideología jurídica desempeña un papel vital para la estructura capitalista, que posee diversos desdoblamientos. La propia concepción que los individuos tienen de sí mismos como dotados de derechos subjetivos, pertenecientes a una patria y a una nación y portadores de ciudadanía es fruto del proceso de interpelación ideológica y constitución subjetiva que se opera de modo inconsciente, a partir de la reiteración de determinadas prácticas materiales, conforme explica Mascaro:

La ideología se deriva de la práctica. No es una deliberación, no está a nivel de capricho o de la voluntad; es el resultado de las relaciones sociales que se cristalizan en formas sociales. La ideología del derecho y del Estado corresponde a la materialidad de las prácticas capitalistas, siendo apenas otro ángulo de éstas. Todos realizan transacciones y cambian para explotar y ser explotados. La ideología es la del sujeto de derecho. Todos intercambian y reconocen que sus bienes y los bienes ajenos no pueden existir sustentados por la fuerza bruta de cada cual. La ideología es del Estado como única fuerza legítima. Todos se reconocen como ciudadanos y portadores del derecho de elegir sus gobernantes. La ideología es la de la democracia como valor universal. (...) En ese cuadro, la ideología de derecho es el resultado de la materialidad de las relaciones sociales capitalistas. Los valores centrales del derecho no desatan de lo que es la

⁸³ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 26.

propia concreción de la sociedad de la mercancía. Tanto el derecho es núcleo decisivo y general de la ideología del capitalismo que, ante la crítica al derecho, casi siempre, termina por ser su alabanza. El combate al derecho se da, por regla general, en la reposición de la ideología en su pedestal⁸⁴.

Ante la sofisticación del proceso de constitución subjetiva de los individuos en el capitalismo, explica la dificultad teórica y práctica de pensar y actuar de modo de romper con las estructuras sociales burguesas que se basan en la explotación. En ese contexto, vislumbrar una sociedad futura que no sea erigida a partir de la forma mercantil es un inmenso desafío. Sin embargo, a partir de los avances teóricos emprendidos por Althusser y Pachukanis, enmarcados en un horizonte marxista, es posible, por lo menos, constatar que no será por medio del derecho ni del Estado que se dará ruptura con el modo de producción capitalista.

Por tanto, el socialismo, en cuanto período de transición entre el capitalismo y el comunismo, no puede representar un refuerzo de las formas sociales burguesas, más debe crear las condiciones necesarias para que ellas se extingan. Hablar de “un derecho socialista en una contradicción en sus propios términos”⁸⁵, del mismo modo que concebir un modelo de Estado socialista⁸⁶. Las transformaciones sociales necesarias para que se rompan los grillos de la explotación capitalista no pasan por esas dos esferas. Hay que subrayar que nos e trata

⁸⁴ MASCARO, Alysson Leandro. A propósito da situação jurídica atual. In: *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 159.

⁸⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 481.

⁸⁶ “O Estado é um modo de articulação social insigne do capitalismo, organizando a política a partir de um campo institucional terceiro em face da miríade dos agentes sociais em concorrência. A política antes do capitalismo, por ser de mando direto de senhores feudais ou de escravo, não adquire tal forma social terceira. O mesmo há de se dizer do socialismo, que, ao não se estabelecer pela valorização do valor e pela forma-mercadoria, desconheceria a forma política estatal que lhe seria derivada. A política estatal é forma típica e inexorável de uma articulação da produção e das demandas sociais do capital.” (MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 592.)

de un corte abrupto que destruirá la estructura capitalista, más de un proceso histórico, cuya duración no se puede prever, por el cual se dará un debilitamiento progresivo de tales formas.

Retomando el pensamiento de Althusser, es importante destacar que la llegada al socialismo no dependerá de la actuación de un sujeto, más podrá ser desencadenada por la acción revolucionaria de las masas. También no se trata de una teleología, más de algo que está en el terreno de lo posible. En ese sentido, los decires del filósofo francés:

“Nada garantizará jamás que la realidad del acto consumado de la garantía de su perennidad (...) La historia no es más que la abrogación de un hecho consumado por otro hecho indescifrable a consumarse, sin que se sepa anticipadamente ni en donde, ni cómo el acontecimiento y sus abrogaciones se producirán. Simplemente llegará un día en que las cartas sean redistribuidas y los dados sean lanzados nuevamente sobre la mesa vacía”⁸⁷.

No obstante, las amplias posibilidades que se abren en el desarrollo del proceso histórico, el hecho de que derecho y Estado, en cuanto formas sociales capitalistas, no sobrevivirán al fin de ese modo de producción.

V. Conclusión

En nuestro breve artículo, buscamos trazar un panorama general acerca del papel del derecho en el capitalismo, a partir de las obras de Louis Althusser y Evguiéni Pachukanis. Ambos pensadores trabajan en una perspectiva marxista y vienen a elucidar los mecanismos por los cuales el capitalismo se estructura, bien como las posibilidades de ruptura con ese modo de producción, con base en marco teórico previsto por el marxismo.

Althusser presenta una propuesta de lectura bastante original y fecunda de la producción teórica de Karl Marx, presentando

⁸⁷ ALTHUSSER, Louis. *A corrente subterrânea do materialismo do encontro*. Tradução de Mónica G. Zoppi Fontana. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo110artigo1.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017, p. 14.

la noción de corte epistemológico en la producción intelectual del pensador alemán, dividiendo sus obras de juventud, obras de corte, obras de maduración y obras de madurez. Ahora el filósofo francés fija en 1845 el momento de la referida cesura, reconociendo que tal se dio mediante un proceso de gradual abandono del terreno ideológico hasta el descubrimiento de un nuevo continente al conocimiento científico, continente- Historia.

Las obras de juventud de Marx estaban marcadas por el humanismo y por la ideología jurídica, al paso que las obras de maduración se caracterizan por su cientificidad, trabajando a partir de conceptos específicos, tales como, modos de producción, fuerzas productivas, relaciones de producción, formas sociales, mercancía, valor, entre otros.

Los impactos del descubrimiento científico de Marx son inmensos y desbordan en diversos aspectos, siendo fundamental, inclusive, para la comprensión del fenómeno jurídico en la sociedad capitalista. Al desprenderse de los obstáculos epistemológicos presentes en sus obras de juventud, Marx posibilita una crítica radical del capitalismo y, por consiguiente, del derecho.

Althusser traza innovadores abordajes en lo que hace a la ideología a través de una conjugación entre marxismo y psicoanálisis, demostrando que la operación ideológica se da en el inconsciente. El filósofo francés destaca que, en el capitalismo, la ideología es estructuralmente jurídica, constituyendo a los individuos en sujetos de derecho, dotados de los atributos de libertad e igualdad.

Pachukanis, por su parte, desarrolla una exacta comprensión del derecho en el capitalismo, identifican como forma jurídica inherente a ese modo de producción, contraponiéndose así a las tradicionales visiones juspositivistas. El jurista ruso apunta la subjetividad jurídica como el núcleo de la forma jurídica y directamente derivada de la forma mercantil. Eso se da, pues solamente cuando la fuerza de trabajo se torna mercancía y se universaliza esa forma social, se tiene por constituido a los individuos como sujetos de derecho. El demuestra que, en el

capitalismo, la explotación no ocurre por medio de la fuerza, más si por medio del derecho. Por lo tanto, el derecho burgués es completamente distinto de aquello que se llama derecho en las sociedades pre capitalistas, ya que en aquellas sociedades estaba ausente la “forma de equivalencia subjetiva autónoma”, tal como observa Márcio Bilharinho Naves.

En la concepción pachukaniana, derecho y Estado son capitalistas por sus respectivas formas. Así como el derecho, en cuanto forma jurídica, deriva de la forma mercantil, del mismo modo se con el Estado, en cuanto forma política. Para que las relaciones de producción capitalista se puedan perpetrar, es necesario que se presente un tercer ente, apartado de las clases, de ahí el surgimiento de la forma política estatal. Conforme enseña Alysso Leandro Mascaro, forma jurídica y forma política estatal pasan por un proceso de derivación secundaria.

Aunque Althusser no tenía avanzado, como Pachukanis, el estudio de las formas sociales, la lectura althusseriana del marxismo parte una fructífera conjugación con el pensamiento del jurista ruso, ya que Pachukanis, para develar los secretos de la forma jurídica, tiene como base la producción teórica del Marx maduro. Más allá de eso, los descubrimientos de Althusser sobre la ideología jurídica son fundamentales para la comprensión del fenómeno jurídico en el capitalismo.

Así, ante la inexorable imbricación entre derecho, Estado y capitalismo, tiene la imposibilidad teórica y práctica de un socialismo jurídico o de un Estado socialista. Más allá que esas formas sociales subsistan en el período de transición al comunismo, ellas deberán caminar hacia su extinción, como consecuencia del proceso de ruptura con la forma mercantil, que caracteriza a las relaciones de producción capitalistas.

VI. Bibliografía

- ALTHUSSER, Louis (2005). *Pour Marx*. Paris: La Découverte/Poche.
 — (2005). *Por Marx*. Tradução de LOUREIRO, Maria Leonor F.R. Campinas: Unicamp.

- (1974). *Éléments d'autocritique*. Paris: Hachette.
- (1991) *Freud e Lacan*. Marx e Freud. Tradução de Walter José Evangelista. Rio de Janeiro: Graal.
- (1967) *Polêmica sobre o humanismo*. Tradução de Carlos Braga. Lisboa: Presença.
- (1973). *Réponse a John Lewis*. François Maspero.
- (1997). *La querelle de l'humanisme*. In: *Écrits philosophiques et politiques – Tome II*. Paris : Stock/IMEC.
- (1999). *A querela do humanismo*. *Crítica Marxista*, n. 9. São Paulo, Xamã.
- (1976). *Soutenance d'Amiens*. In: *Positions*. Paris: Editions Sociales.
- (2010). *Sobre a Revolução Cultural*. Tradução de Márcio Bilharinho Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *Presença de Althusser*. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.
- (1976). *Idéologie et appareils idéologiques d'État*. In: *Positions*. Paris: Editions Sociales.
- (2017). *A corrente subterrânea do materialismo do encontro*. Tradução de Mônica G. Zoppi Fontana. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo110artigo1.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017.
- (1978). *Sustentação de tese em Amiens*. Tradução de Rita Lima. In: *Posições 1*: Rio de Janeiro: Graal.
- BALIBAR, Étienne. (1993). *L'objet d'Althusser*. In: LAZARUS, Sylvain. *Politique et Philosophie dans l'oeuvre de Louis Althusser*. Paris: PUF.
- (1977). *Sobre la dictadura del proletariado*. Madrid: Siglo XXI.
- BOITO JR., Armando. (2016). *Indicações para o estudo do marxismo de Althusser*. In: PINHEIRO, Jair (Org.). *Ler Althusser*. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica.
- CALDAS, Camilo Onoda. (2015). *A teoria da derivação do Estado e do direito*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra.
- DAVOGLIO, Pedro (2018). *Althusser e o direito*. São Paulo: Ideias & Letras.
- EDELMAN, Bernard. (1976). *O Direito Captado pela Fotografia - Elementos para uma teoria marxista do direito*. Tradução de Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha.

- GARAUDY, Roger. (1963). *A propos des "manuscrits de 1844"* de Marx. In: Cahiers du Communisme, mars,.
- (1981). *Apelo aos vivos*. Tradução de H.P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- GILLOT, Pascale. (2018). *Althusser e a Psicanálise*. Tradução de Pedro Eduardo Zini Davoglio (Org.); Fábio Ramos Barbosa Filho; Marie-Lou Lery-Lachaume. São Paulo: Ideias & Letras.
- HIRSCH, Joachim. (2010). *Teoria Materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Matorano. Rio de Janeiro: Revan.
- KASHIURA JR., Celso Naoto. (2015). *Sujeito de direito e interpe-lação ideológica: considerações sobre a ideologia jurídica a partir de Pachukanis e Althusser*. Revista Direito e Práxis – vol. 6, n. 10. Rio de Janeiro: UERJ,.
- KASHIURA JR., Celso Naoto; NAVES, Márcio Bilharinho. Pachukanis e a Teoria Geral do Direito e o Marxismo. Revista Jurídica Direito & Realidade, v. 1, n. 2 (2011). Disponível em: <www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/view/245>. Acesso em: 16 nov. 2018.
- MAGALHÃES, Juliana Paula (2018). *Marxismo, humanismo e direito: Althusser e Garaudy*. São Paulo: Ideias & Letras.
- MARX, Karl (2013). *O Capital*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo Editorial.
- (2011). *Grundrisse*. Tradução de Mario Duayer e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo.
- MASCARO, Alysson Leandro (2018). *Filosofia do direito*. 6.ed. São Paulo, Atlas.
- (2018). *Crise e Golpe*. São Paulo: Boitempo.
- (2015). *Introdução ao Estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas.
- (2013). *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo.
- MOTTA, Luiz Eduardo. (2014). *A favor de Althusser – revolução e ruptura na teoria marxista*. Rio de Janeiro: FAPERJ.
- NAVES, Márcio Bilharinho (2013). *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo.
- (2008). *Marx – Ciência e Revolução*. São Paulo: Quartier Latin.
- (2014). *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra.

- PACHUKANIS, Evguiéni (2017). *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo.
- (2009). *A teoria marxista do direito e a construção do socialismo*. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org). *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*. Campinas: IFCH-UNICAMP.
- THÉVENIN, Nicole-Edith. (1977). *Révisionnisme et philosophie de l'aliénation*. Paris: Christian Bourgois.
- TURCHETTO, Maria (2005). *As características específicas da transição ao comunismo*. Tradução de Márcio Bilharinho Naves. In: NAVES, Márcio Bilharinho. *Análise Marxista e Sociedade de Transição*. Campinas: UNICAMP.
- VILLEY, Michel. (2001). *Philosophie du droit*. Définitions et fins du droit. Le moyens du droit. Paris: Dalloz.



| COMENTARIO A LEGISLACIÓN |

Los policías delinquen
los comerciantes estafan
los fiscales se corrompen
los ignorantes dominan
los pobres languidecen
los poetas claman
los políticos prometen
los ilegales provocan
los sacerdotes fingen
los idealistas sufren
los suicidas dudan
los cantantes vociferan
los fracasados empalidecen
los psicóticos trepidan
los soñadores asustan
los llorados ríen
los inmortales mueren
los marginados matan
los muertos traman
los olvidados duelen.

Autor: Norberto Antonio

Arte de la portada: Leonardo Gauna

Obra: Tranquilo

¿Qué Constitución se tiene? Reflexiones en torno a una sociología jurídica crítica de los factores reales de poder en América Latina: hacia una crítica de la ideología jurídica colonial

What Constitution do you have? Reflections on a critical legal sociology of the real factors of power in Latin America: towards a critique of the colonial legal ideology

Que Constituição se tem? Reflexões sobre uma sociologia jurídica crítica dos fatores reais de poder na América Latina: para uma crítica da ideologia jurídica colonial

¿Quelle Constitution a-t-on? Des réflexions autour d'une sociologie critique des facteurs du pouvoir réels en Amérique latine: vers une critique de l'idéologie juridique coloniale

*Eduardo Carlos Rojas*¹ | Universidad de Buenos Aires

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 329-356

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e224>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7881-3499>

Recibido: 17/12/2017

Recibido con modificaciones: 28/04/2018

Aprobado: 01/11/2018

Resumen: La Constitución como producto de las relaciones sociales, requiere de un análisis sociológico para poder comprender su forma y contenido actual. Es decir, es necesario construir un marco categorial que permita comprender las referidas relaciones sociales para así poder

¹ Abogado (2011): Universidad de Buenos Aires (UBA), Facultad de Derecho.

vislumbrar la función que el derecho todo y especialmente la Constitución realizan en tales relaciones. En tal tónica, el presente trabajo busca aportar, en una primera aproximación, algunas categorías útiles para pensar el modo y resultado de la juridificación de la realidad en las sociedades latinoamericanas, en atención a los factores reales de poder que en ellas operan.

Palabras clave: Constitución, factores reales de poder, América Latina

Abstract: The Constitution as a product of social relations, requires a sociological analysis to understand its current form and content. That is, it is necessary to build a categorical framework that allows us to understand the aforementioned social relations in order to be able to glimpse the function that the whole law and especially the Constitution perform in such relations. In this vein, the present work seeks to provide, in a first approximation, some useful categories to think about the mode and result of the juridification of reality in Latin American societies, in attention to the real factors of power that operate in them.

Key words: Constitution, real factor of power, Latin America.

Resumo: A Constituição como produto das relações sociais requer uma análise sociológica para compreender sua forma e conteúdo atuais. Quer dizer, é necessário construir um arcabouço teórico que nos permita compreender as relações sociais mencionadas, a fim de vislumbrar a função que o direito, especialmente, a Constituição, realizam em tais relações. Nesse sentido, o presente trabalho procura fornecer, em uma primeira aproximação, algumas categorias úteis para pensar o modo e resultado da juridificação da realidade nas sociedades latino-americanas, na atenção aos fatores reais de poder que neles operam.

Palavras-chave: Constituição, fatores reais de poder, América Latina

Résumé: La Constitution, comme produit des relations sociales, a besoin d'une analyse sociologique pour bien comprendre sa forme et fond actuel. Ça veut dire, il est nécessaire de construire un cadre catégoric qui permette de comprendre lases catégories visées, afin d'apercevoir la fonction du droit, et spécialement cela de la Constitution dans les relations rapportées. Dans ce but, ce travail cherche des catégoriques utiles pour penser la manière et le result de la "juridiquisation" de la réalité dans les sociétés d'Amérique Latine, selon les facteurs du pouvoir réel qui y opèrent.

Mot-clés: Constitution, facteurs du pouvoir réel, Amérique latine

I. Introducción

El título del presente ensayo hace referencia explícita a una conferencia realizada por el jurista argentino Arturo Sampay denominada “¿Qué constitución tiene la Argentina y cuál debe tener?”. La pregunta guarda toda la vigencia que pueda tener la preocupación por la organización del régimen político de una comunidad. La tomamos entonces como disparador para acceder a uno de los ámbitos que nos revela como apremiantes, que no es otro que el de la sociología jurídica. Explicamos brevemente que la pregunta recién referida consta de dos términos, el de la actual constitución existente y el de una posible. En referencia al primer término nos dice el autor argentino que “[...] corresponde averiguar, en primera instancia, que sector social predomina en la actualidad y con qué finalidad lo hace, y en segundo lugar, que sector social lucha por conseguir el predominio y que ideal e inclinación vital lo lleva a buscarlo”.

Por tanto, la Constitución existente no hace referencia únicamente al documento escrito, sino sobre todo a la constitución real, es decir, aquel concepto de constitución puesto en valor desde Ferdinand Lassalle y del cual nuestro autor es tributario mediante su filiación aristotélica. Así es como puede verse en otra de sus obras el entendimiento que posee en relación a que el más amplio concepto sociológico de Constitución ya se encontraba de forma prístina en Aristóteles, en tanto significa la forma y concreta manera de ser del Estado, el status político de una realidad existente. Para esto debe recordarse que la definición que de Aristóteles toma nuestro autor es la siguiente: “La Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante en la comunidad política y de cuál es el fin asignado a la comunidad política por ese sector social dominante”.

Esta traducción ha sido calificada de libre e igualmente justificada en su sentido, por cuanto es intención del referido autor argentino desligar de la propia definición de Aristóteles la

dimensión jurídico-formal de la modernidad capitalista, a través de la cual se deja de lado su real dimensión sociológica. Así nos lo explica,

Corresponde aclarar que el trozo de la definición aristotélica de Constitución: *tós kyrion tés politeias* (literalmente: “lo dominante en la Constitución”), que nosotros acabamos de trasladar al español con la frase “la clase social dominante de la comunidad” es ahora traducido de modo que significa el órgano soberano dentro de la Constitución jurídica positiva. De tal suerte que se interpola en el sistema sociológico y jurídico material del Estagirita, un elemento que proviene de la juridicidad formalista del capitalismo moderno.

Puede verse ahora, que en la propia definición de Constitución que nos proporciona Sampay con base en Aristóteles, como en la reflexión sobre *qué constitución se tiene*, existe una dimensión que desborda la formal. Recordamos entonces que el término trabajado guarda cierto nivel de complejidad, es decir que analizado en cuanto inscrita en la totalidad social la Constitución es un término complejo. Esto por dos razones: la primera dado que la tradición propia de la modernidad nos ha legado desde la experiencia norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII, –y toda la filosofía política que tienen detrás– una visión formalista de la constitución reducida a *un* instrumento escrito que se contrapone con el sentido sociológico que estamos referenciado y que fue recuperado –como se dijo– a partir de Lassalle. Así, “Constitución real” fue el término con el que se asimilo al aspecto sociológico de la misma, por cuanto “Constitución jurídica” fue su contraparte.

Quando se estima como *Constitución jurídica* a las superleyes codificadas en la *Constitución escrita*, se la denomina *Constitución jurídica-formal*; en cambio, cuando se estima como *Constitución jurídica* a toda las disposiciones de naturaleza constitucional, esto es, organizadoras de la comunidad política, cualquiera sea la fuente o el grado de importancia de las normas

que contienen se la denomina *Constitución jurídica-material*.

En segundo lugar, puesto que definir cuál es la constitución que se encuentra operando exige un análisis de las relaciones sociales y la interacción de estas con la Constitución jurídica, tanto formal como material en el lenguaje de Sampay. De diferente modo, responder a *cuál constitución se debe tener*, obedece a la elaboración de una filosofía política constitucional. En el caso del citado constitucionalista sendas aportaciones teóricas se encuentran en dos obras diferenciadas que reflejan la construcción de su teoría constitucional. Nos demuestra esto lo pobre de cualquier visión que quiera entender al Derecho Constitucional desde una perspectiva cerrada al puro análisis normativo –o a la inversa carente de este nivel–, toda vez que se precisan, mínimamente, de estas dos disciplinas auxiliares para comprender a la Constitución, las cuales se articulan entre sí: la sociología y la filosofía política. Vistas así las cosas,

La constitución tensionada por esta dialéctica, no se limita a organizar poderes formales, sino que forma parte de la realidad política de la dominación y bajo ese aspecto, contribuye a la reproducción de las relaciones de clase, genero, culturas, regiones y naciones que configuran una formación política, y es tenida en cuenta como marco y referencia normativa por las fuerzas socio-políticas.

En fin “[...] la distinción entre constitución material y formal permite dar cuenta de ciertos fenómenos sociológicos y jurídicos relevantes, como la “continuidad” o “discontinuidad” constitucional, las “modificaciones tacitas” y la evolución de la propia Constitución formal en virtud de la propia actividad interpretativa solicitada por las fuerzas políticas reales”.

Este legado metodológico y teórico lo hemos rescatado puesto lo que nos interesa es adentrarnos precisamente en la formulación de una sociología jurídica que aporte elementos para revelar tanto cuál es el sector social dominante y cuál es su finalidad, como así también su clase antagónica y respectiva

finalidad. Esto no es más que decir: el estadio de la lucha de las clases antagónicas –en un sentido amplio y no solo burguesía-proletariado como luego será descrito– y las herramientas de que cuentan para realizarse por encima de la otra, o los factores reales de poder. Para esto, creemos debe considerarse tanto el estadio de las relaciones sociales, como el derecho en su especificidad, es decir, como causa y como efecto de las relaciones sociales. Dicho en otros términos, precisamente a partir de los efectos que el Derecho Constitucional pretende realizar, es que puede encontrarse específicamente en él, en tanto que norma, la finalidad del sector social dominante. Tratar sobre este último punto es adentrarse en el campo de la ideología.

Por último cabe resaltar otro término generalmente asociado al derecho y tanto más a la Constitución: *justicia*. Precisamente por constituir su fin, entendemos que “justicia” debe asimilarse al punto nodal del Derecho Constitucional, por cuanto la adjetivación que de ésta se haga caracterizará tanto al régimen político como la orientación de su contenido material. Así nuestro autor nos esclarece,

La concepción de la justicia reducida a salvaguardar los derechos de los propietarios privados y a que éstos dispongan discrecionalmente de sus bienes, es la idea de la *justicia oligárquica*. Y la concepción que ordena el trabajo social y los bienes primordialmente al logro del bienestar de todos, es la idea de la *justicia política* según el léxico de Aristóteles, o *justicia social* o *justicia del bien común* como se llama ahora.

Aceptamos que la dicotomía planteada tiene tras de sí toda una postura de interpretación del mundo, al igual que cualquier postura que se tome. Lo conflictivo en todo caso radica en la solidez de su fundamentación, cuestión que dejamos para los próximos apartados. Lo que arriesgamos es que este concepto tiene también una fuerte construcción por parte de las dos disciplinas antes referenciadas. La filosofía política de la justicia es necesaria para no caer en un voluntarismo jurídico que encuentre su razón en la fuerza de las relaciones sociales. Es decir,

aquella que permita comprender histórica y concretamente que constituye el *bienestar general* para una sociedad determinada. Por otro lado, provisoriamente afirmamos que desde una sociología jurídica la justicia política se significa en tanto actos materiales que rompan con los nudos gordianos que afianzan a los factores reales de poder que cimentan la dominación de las minorías.

Procederemos entonces a presentar algunos elementos que consideramos necesarios para la construcción de una sociología jurídica que tenga en consideración los factores reales de poder que impregnan y definen las relaciones de dominación propias de América Latina de manera general. Realizaremos esto en tres pasos: en una primera instancia haremos referencia a los presupuestos que constituyen la realidad colonial de Nuestra América; seguidamente haremos uso de algunos elementos de que nos provee la Crítica Jurídica y; en tercer lugar una primera formulación de una sociología jurídica como crítica de la ideología jurídica colonial. Finalmente arribaremos a unas breves conclusiones.

II. Modernidad colonial

Partiremos aclarando que nuestro análisis se entronca en la tradición de pensamiento latinoamericano. Esta gran vertiente de pensamiento, ha llegado a un nivel de sistematización de algunas categorías en el llamado giro descolonizador. En tal tónica los términos modernidad y colonialidad, estarán unidos indisolublemente, en tanto que el uno no puede existir sin el otro. Así, la invención de América es parte del proceso de construcción de la modernidad de tinte eurocentrado que entiende a Europa como exclusiva creadora de tal modernidad ocultando o no reconociendo a lo no-europeo. A causa de tal visión provinciana de la modernidad, se gesta el *mito de la modernidad* el cual encierra la construcción desde Grecia hasta la actualidad de una supuesta superioridad europea respecto del resto de las poblaciones. Como consecuencia de esto, el control del

imaginario social hace que los propios negados por la modernidad colonial, reproduzcan este mecanismo de dominación que tiene como consecuencia una única forma de producción de conocimiento válido, la eurocentrada, desconociendo otras epistemologías posibles.

Dentro de este imaginario social, anida la idea de raza

La idea de raza es, con toda seguridad, el más eficaz instrumento de dominación social inventado en los últimos 500 años. Producida en el mero comienzo de la formación de América y del capitalismo, en el tránsito del siglo XV al XVI, en las centurias siguientes fue impuesta sobre toda la población del planeta como parte de la dominación colonial de Europa [...] De una parte: “Indio”, “Negro”, “Asiático” (antes “Amarillos” y “Aceitunados”), “Blanco” y “Mestizo”. De la otra: “América”, “Europa”, “África”, “Asia” y “Oceanía”. Sobre ella se fundó el eurocentramiento del poder mundial capitalista y la consiguiente distribución mundial del trabajo y del intercambio. Y también sobre ella se trazaron las diferencias y distancias específicas en la respectiva configuración específica de poder, con sus cruciales implicaciones en el proceso de democratización de sociedades y Estados y de formación de Estados-nación modernos.

Sobre la categoría raza se articulan las relaciones de explotación del capitalismo, siendo que la gran mayoría de la población ahora clasificada como “india” o “negra”, es mantenida en trabajo no asalariado en beneficio global del capital. En tanto que el eurocentrismo, se sitúa en el nivel de producción y reproducción del conocimiento, reflejando que la única forma válida de ser del conocimiento es aquella que se sigue del modo europeo, negando así la calidad de científico o conocimiento válido a los demás saberes de las culturas no-europeas. Como consecuencia de esto, “a partir de América un nuevo espacio tiempo se constituye, material y subjetivamente: eso es lo que mienta el concepto de modernidad”. De este modo Dussel nos avala al decir que: “Este sentido de la relación entre la conquista

de América y la formación de la Europa Moderna permite una nueva definición, una nueva visión global de la modernidad, que muestra no solo su lado emancipador sino también su costado destructivo y genocida” .

A este respecto se genera entonces una relación necesaria y conflictiva entre modernidad y colonialidad, toda vez que los explotados y dominados en el mundo colonial también se apropiaron del horizonte de libertad que aquella propugna. Se genera así un devenir traducible tanto en conflicto de intereses, como ambigüedad, dentro de la cual se inscribe la lucha por la democratización de la existencia social.

Este cuadro es completado por un capitalismo que en América Latina, toma la forma de un capitalismo dependiente. Es decir, una específica situación de dependencia que se genera por causa del desarrollo del capitalismo mundial,

La dependencia, en tanto que situación condicionante de una determinada estructura interna que la redefine de acuerdo a las posibilidades estructurales de las diversas economías nacionales, puede ser definida como: una situación histórica que da lugar a la conformación de una determinada estructura de la economía internacional, bajo la hegemonía del sistema capitalista, y la cual beneficia a algunos países en perjuicio de otros y determina las posibilidades de desarrollo interno de las diversas economías nacionales, constituyéndolas como realidades económico-sociales específicas.

Tal situación de dependencia se presenta en los países con un Estado formalmente (políticamente) independiente, siendo que los distintos grupos sociales antagónicos entre sí luchan y se disputan el control del mismo. Visto así, es en el propio devenir de tal proceso de lucha que se produce la inserción del Estado independiente en el sistema internacional capitalista; a la vez que es a causa de tal modo de inserción que toma forma la introducción de la dominación imperialista en la sociedad dependiente .

La canalización de la dominación por parte de las sociedades imperialistas, implica una alianza entre las clases o sectores socialmente dominantes al interior de cada estado, que va más allá de las relaciones económicas. Importa también una alianza que se expande en el campo cultural, político e ideológico. Esto, en tanto que las clases dominantes de los países dependientes, al cumplimentar determinadas acciones que benefician a la clase dominante del país desarrollado, obtienen a cambio apoyo a la sustentación de su situación de clase dominante. En otros términos, que esta situación de dependencia genera la reproducción en la sociedad dependiente de las relaciones típicas del sistema capitalista, configurando así ciertas estructuras internas.

En este marco es que pueden contextualizarse los aportes de David Harvey de acumulación por desposesión o las de Jaime Ososrio quien retoma el trabajo de Ruy Mauro Marini o finalmente del mismo Dussel en sus diversos trabajos sobre la obra de Marx, donde da cuenta del lugar que ocupa la dependencia en el marco teórico del autor alemán.

Por último, es necesario rescatar que tanto la clasificación de la población, como el control de imaginario social asociados al desarrollo del capitalismo dependiente, deben ser analizados también hacia dentro de las fronteras de los Estados-nación periféricos. En consecuencia, siguiendo a González Casanova descartamos la exclusión del análisis de minorías nacionales o etnias, en base a la sacralización de las clases sociales entendidas como burgués y proletario, como así también la asimilación del conflicto social a un problema racial, pues “con el solo concepto de racismo se pierde el de los derechos de las “minorías nacionales” o “etnias” dominadas y explotadas en condiciones coloniales o semicoloniales, y que resisten defendiendo su cultura y su identidad”.

Recapitulando con lo abordado primeramente más arriba, tenemos entonces ya marcados estos tres elementos principales que tomaremos como nuestra teoría social general, es decir aquella que aglutina una lectura del constructo de raza, del

eurocentrismo y del capitalismo dependiente. Por otra parte la articulación del análisis de un colonialismo interno, que realiza las mentadas relaciones de dominación, mas hacia dentro de los Estados-nación. Comprender estas dinámicas de poder son capitales en tanto nos permitirán reflexionar sobre la relación entre la realidad colonial latinoamericana y las estructuras jurídicas que sobre ella se han generado. Aclaremos que son tantas otras las características que se puede agregar y que las en este ensayo referidas son una elección en función del enfoque de trabajo y no por negación de su existencia y pertinencia.

Pero como nuestro análisis es propio del derecho, se nos hace necesario ahora tomar una teoría jurídica con la cual posteriormente hacer un cruce de estos postulados. A ello nos dedicaremos en las próximas líneas.

III. Critica Jurídica

La Critica Jurídica se plantea dentro del ámbito de la sociología jurídica, como construcción teórica que se posiciona en este campo y no en otro por entender que la razón de ser y la forma específica del derecho solo pueden ser encontradas en las relaciones sociales. Es decir, entender al derecho como efecto y causa de las relaciones sociales, o dicho en otros términos, intenta explicar plausiblemente las causas y los efectos de las normas jurídicas. De acuerdo a esto último, esta disciplina entiende que es posible conocer aquellos fenómenos que están relacionados causalmente con el derecho. Lo importante para comenzar es definir el ámbito específico de la sociología jurídica, siendo que en lo que respecta a las normas, su interés radica en explicar por qué dicen eso que dicen y no otra cosa.

Correas nos proporciona una definición desde la cual se pueden abrir varios puntos a considerar: “la *sociología jurídica* tiene como objeto las causas y efectos del derecho considerado como un ‘discurso’, entendiéndose por ello ideología formalizada en un lenguaje que le permita a esta última aparecer y convertirse en sentido producido y recibido”.

Aquí aparecen los términos “causas” y “efectos”, agregándose otros como “discurso”, “ideología” y “lenguaje”, los cuales requieren una explicación en su necesidad respecto del análisis del derecho. Avanzaremos sobre tales tópicos, a posteriori de recordar un punto central de la Crítica Jurídica: se basa en el marxismo. De hecho la aparición de tales términos en la definición muy probablemente no podría entenderse correctamente sin este dato. Más como afirmar que algo se *basa* en algo, y sobre todo si es en el *marxismo*, es decir muy poco, nos detendremos en esta relación, al menos en lo que hace al aspecto técnico-metodológico. Así “Cualquier Sociología Jurídica tiene que partir de alguna Sociología general, que no será otra cosa que una Teoría General de la Sociedad” .

Por vía de consecuencia entendemos que la disciplina que nos convoca precisa de manera auxiliar de una teoría social a través de la cual poder interpretar los *hechos*. Darle sentido a estos hechos es lo que permitirá que los fenómenos tomen forma a nivel discursivo. Según el propio autor su elección teórica se funda en el marxismo debido a que el mismo constituye el más rico cuerpo teórico formulado desde un punto de vista crítico de la sociedad capitalista .

A. Crítica Jurídica y marxismo

Pero, ¿qué implica una posición marxista en la Crítica Jurídica? Para responder a esta pregunta tomamos como punto de partida la crítica que Correas hace a cierta lectura del marxismo leninismo, en tanto revela los propios preceptos que va a manejar como teoría social. El autor argentino-mexicano entiende al derecho como expresión de la apariencia de las relaciones sociales, pero supera la falsa dicotomía entre estructura y superestructura que hace del derecho un mero reflejo de lo real –debido a que existe una *función activa* del derecho en la vida social–; esto al entender que el cambio de las relaciones de producción se da cuando menos de manera conjunta con el derecho, en tanto que orden coactivo, y no de manera posterior . A su vez descarta la

idea de “ver” al derecho como un instrumento de dominación de la clase dominante por dos razones: la primera por no entender la complejidad de las relaciones sociales que producen normas que no necesariamente son expresión de *un* sector dominante; la segunda, que esa complejidad de relaciones se da en el derecho como un lugar más de disputa política la cual se ve trunca al *regalar* el derecho por considerarlo algo propio de la clase dominante sin más. En sintonía con lo anterior, critica la idea que niega la lucha ideológica en el campo jurídico al pensarlo como exclusivo de la clase dominante; por último se afirma en oposición a generar la fantasía de que abolida la propiedad privada se extingue el derecho .

En otras palabras, estas aclaraciones se realizan para entender una autonomía relativa del derecho respecto de las relaciones sociales de producción. Tal autonomía relativa consiste precisamente en no estar determinado irremediable y tajantemente por aquellas, representando el derecho, como se dijo más arriba, no un resultado de la lucha de clases, sino una herramienta de la misma.

Partiendo de esta teoría sociología auxiliar, debemos entender que, aún con una relativa autonomía, el derecho es expresión de la apariencia de las relaciones sociales. En este sentido, estas relaciones sociales son el fundamento en última instancia de –en nuestro caso– el derecho. Haciendo una abstracción de sendos campos hallamos que las cosas existen en dos formas, en la realidad y en las ideas, donde es la primera la que crea a las segundas. Es así que entendemos primeramente que el derecho –en tanto partícipe del mundo de las ideas–, es ideología. Esta afirmación nos lleva a su vez a entender que la ideología solo es expresada mediante el lenguaje, por tal motivo podemos arribar a una segunda premisa: el derecho es un discurso. Es decir, –en un primer momento– el derecho es ideología, “entendiendo por esto simplemente el conjunto de representaciones mentales de los hombres con respecto al ser” .

En este sentido el derecho es aparecer concreto de las relaciones sociales, en tanto que toman forma de norma. Por tal

motivo el derecho en tanto que ideología es tan real como la materia. Podemos ver la consecuencia de lo hasta aquí dicho en la diferencia que realiza entre ciencia jurídica y crítica jurídica, donde la primera es la teoría general del derecho y la segunda las ideas acerca de las normas plasmadas en tal teoría general, o –en otras palabras– una lucha política, ideológica, en contra de la internacionalización que los ciudadanos hacen de la ideología formulada por los juristas.

Aclaremos de una vez: el derecho es parte de la construcción ideológica de cierta sociedad y por tanto una creación ideológica, el derecho es un discurso específico –ideología específica formalizada: ideología jurídica–. Y como discurso, aunque específico y distinto a otros discursos como pueden ser la historia o la geografía, para ser analizado en tanto que tal es necesario comprender el lugar que *ideología*, *significante*, *significado* y *referente* ocupan en él. Arribamos así a la utilización de conceptos –ideología, significante, etc.– propios todos de la filosofía del lenguaje. Es preciso entonces hacer algunas precisiones en torno a su utilización para seguir avanzando.

B. Semiología y derecho

Consideremos pues estos tres elementos: significante, significado y referente, donde el primero es el símbolo o grafía; el segundo es una imagen acústica; y el tercero un objeto del mundo real. Existe una relación directa entre el significante y el significado, que no es otra que la relación entre la palabra “x” y el concepto –imagen acústica– a ella asociado. Por otra parte entre el significado y el referente existe una relación de adjudicación: es una atribución de significado a un objeto del mundo. Por último entre el significante y el referente no hay relación, entre la grafía y el objeto del mundo no existe conexión.

Complementa este nivel genérico de la semiología una especificidad propia del nivel semiológico del derecho: el sentido (significado como dijimos arriba) deóntico –sentido dado al derecho por los tres operadores deónticos: prohibido, permitido,

obligatorio– e ideológico –discurso cuya función es la de dar el sentido del deber a las conductas de los ciudadanos–.

Desde este razonamiento en el campo jurídico encontraremos que: el *significante* son las normas; que el *sentido* (*significado*) puede ser deóntico o ideológico y; que el *referente* sería a su vez otro discurso ficcional o ideología que tiene como base a las relaciones sociales. Por tal razón afirma nuestro autor: “Diremos que el sentido deóntico del derecho no tiene referente, y que el sentido ideológico tiene como referente a una ficción. Respecto de las causas diremos que hay que buscarlas en los discursos ficticios y no en la realidad”.

Esto es, que las causas de la norma se buscan en la ideología basada en última instancia en la realidad, y no en esta directamente. Si fue aceptado que *referente* es un objeto del mundo real ¿Cuál es el referente de “prenda”, “abigeato”, “amparo” o “democracia”?

Recapitulando algunos puntos importantes, diremos que el derecho en tanto que discurso, es producido por una determinada ideología que a su vez se fundamenta en una realidad social la cual se presenta como el trasfondo ontológico. Y es trasfondo ontológico, por cuanto accedemos a ella en función de la teoría social que adoptemos como auxiliar en nuestra labor para comprender el sentido deóntico e ideológico de la norma.

C. Discurso del derecho y estado

Sobre este escenario que nos plantea la Crítica Jurídica, haremos unos últimos comentarios en relación a su visión del Estado en tanto que para él: “Lo cierto es que el estado es un resultado del uso performativo del lenguaje [...] Como el pensamiento solo existe en el lenguaje –eso se ha sabido siempre– resulta que lo existente es, o *empírica* –materialidad cognoscible por los sentidos–, o *discurso* –ideología o sentido formalizados en algún lenguaje”.

Cabe hacer la aclaración que el discurso, cualquiera sea, tiende a generar ficciones, esto es el famoso “como si” por

tanto decir que el lenguaje tiene carácter performativo, es decir que el mismo genera ficciones como si existieran en la materialidad, en este caso el Estado. Este solo existe en el lenguaje, en el discurso, es decir –en última instancia– en el pensamiento, más actuamos como si fuera un ente material. Aquí cabe considerar dos consecuencias: la primera, que el lenguaje tiene la capacidad de hacer que las personas crean en la existencia material de algo solo discursivo (aunque no por eso menos real); la segunda que en función de tal creencia conduzcan su vida. Cuando esto sucede podemos decir que el lenguaje es eficaz.

Entonces cabe preguntarse: ¿Cuál es el discurso que genera al estado? Y ¿Quién produce tal discurso? La primera pregunta encuentra su respuesta en el discurso específico que venimos analizando, el jurídico. Por lo cual: “[...] el estado no existe antes de que alguien produzca el discurso ficcional. Consecuentemente, el discurso del derecho es anterior a la existencia del estado. No es éste quien crea a aquél, sino al revés” .

Y como hemos establecido antes con las críticas de Correas al marxismo-leninismo, el discurso jurídico se produce con base en una determinada ideología, ideología esta que se inscribe dentro de la lucha política. Producir el discurso jurídico (ficción) es producir al estado (ficción) y esto hace que la gente actúe de acuerdo a lo que estos discursos establecen (eficacia del lenguaje), punto que denota reproducción de poder. Afirmamos entonces: el derecho tiene como finalidad la reproducción del poder .

Para responder a la segunda pregunta, Correas se acerca a una definición gramsciana de hegemonía, en tanto:

Dispone de hegemonía el sector social que consigue hacer que, en mayoría significativa, los miembros de los otros sectores sociales, produzcan las conductas que permiten al grupo en el poder, conseguir sus objetivos, cumplir sus fines, obtener sus ganancias, y reproducir las mismas condiciones. Es decir, reproducir su poder.

Lo que aquí quiero sugerir, es que el estudio de la efectividad y eficacia de las normas, tanto como de los sistemas jurídicos [propio de la sociología jurídica], permitirá establecer guías importantes para conocer los vericuetos que permiten la reproducción del poder del sector social hegemónico .

Hasta aquí esta breve aproximación de algunos elementos de la Crítica Jurídica que nos permitan: pensar al derecho sin un reduccionismo economicista y participe de la lucha política/ideológica, tener sistematicidad en el análisis de las relaciones sociales y el derecho y poner de relieve la eficacia del derecho en cuanto ideología reproductora de las relaciones de poder mediante la manipulación del sentido.

IV. Crítica del Derecho Moderno colonial: crítica de la ideología jurídica colonial

Antes de terminar el presente ensayo nos queda hacer un cruce entre las relaciones sociales de dominación establecidas en el punto más arriba y algunos de los elementos de la Crítica Jurídica. Esto es, según la descripción que hemos hecho de América Latina con base en una teoría social general a partir de categorías propias de la tradición de pensamiento latinoamericano y reflejadas con sistematicidad en el giro descolonizador, como hacer la crítica de la ideología jurídica en el derecho argentino o mexicano.

Esto es lo que pensamos como una *crítica de la ideología jurídica colonial*. La adjetivación propuesta surge por entender que si acaso el derecho oculta las relaciones de dominación, entonces, en tanto que tomamos una teoría social general distinta de la Crítica Jurídica pero compatible con aquella, entendemos tales estructuras de dominación en América Latina –y por consecuencia en cada uno de los estados-nación que lo componen– como *coloniales*. A esta afirmación se advienen varias preguntas y aclaraciones, haremos entonces unas primeras aproximaciones.

A. Modernidad colonial y derecho

Como fue apuntado al comienzo de este escrito, tanto la raza, el eurocentrismo como el capitalismo dependiente son notas características del mundo colonial y su modo de ser en América Latina. Por tal motivo, existe una relación entre estas características y la forma de ser de las estructuras y teorías jurídicas en esta región. Aquí es entonces donde creemos que las categorías propias de la crítica jurídica pueden utilizarse en el análisis de la realidad juridificada desde esta otra teoría social general.

A. 1. Raza y derecho: acerca del racismo jurídico

Una crítica de la ideología jurídica colonial, tendrá por tanto en consideración no solo una lectura crítica de la sociedad capitalista, sino de la modernidad toda, incluyendo dentro de sí la crítica al constructo de raza denunciado por Quijano. Adoptando tal teoría social, es posible analizar los operadores deónticos y el sentido ideológico de las normas en relación a la clasificación de la población y su lugar en el derecho.

Recordamos también, que la clasificación de la población a nivel global bajo este constructo afecta precisamente a la población toda, no solamente a la indígena. Por tal motivo, la falta de relación igualitaria entre los términos *identidad* y *entidad jurídica* (visto como la capacidad de ser Sujeto de Derecho), se explica a través de la colonialidad del poder. Es decir, los procesos de subciudadanía y sobreciudadanía, como son denominados en la actualidad; o la falta de reconocimiento jurídico que históricamente se produjo en América Latina a lo no-europeo (desde el momento mismo de la conquista, tanto a los indígenas, a los afrodescendientes como a los campesinos), son entendidos de manera más completa en la ideología jurídica, a través de la lente de la raza. Por tal motivo, aceptado que existe una modernidad racista, es casi imposible no considerar que el derecho, –no solamente como discurso que legitima el uso monopólico de la fuerza por parte del estado, sino también

como herramienta en la construcción de hegemonía— es parte del proceso de afianzamiento de tal estructura de dominación, a través de la ideología reproducida en sus normas.

A. 2. Eurocentrismo y derecho: acerca del eurocentrismo jurídico

Es necesario, toda vez que una categoría no excluye a la otra, analizar el contenido de las normas en función del sentido ideológico eurocentrado de las mismas. Siendo que se derivan de un campo mayor en el cual se encuentran inscriptas, que no es otro que el control del imaginario social que opera en el sector social dominante y en el dominado. Resalta así que la hegemonía construida mediante la norma no solo es un reflejo del movimiento del capital, sino también del eurocentrismo al mismo tiempo. Pues, como fue apuntado, una raza inferior es portadora de una epistemología y conocimiento inferior. Aquí se encierran no solo sistemas jurídicos (existentes o posibles) distintos a los occidentales, sino también filosofías entendidas como metodologías jurídicas que generan tales sistemas normativos. Así también, se asume una denuncia del eurocentrismo, como parte de una teoría crítica del colonialismo, toda vez que este representa un mecanismo de control del imaginario jurídico, el cual pretende ubicar al derecho como exclusivo producto romano y por sobretodo con la inviabilidad por parte del resto del mundo no anglo-europeo de generar nuevas categorías y técnicas jurídicas o teorías jurídicas vernáculas. Para esto baste recordar, tanto operadores jurídicos como legos, que en la ideología moderno colonial (ese sentido común que anda flotando de conciencia en conciencia), el derecho se origina en Roma, siguiendo su vida en la europa medieval, hasta la escuela de los glosadores, donde vuelve a sus orígenes romanos, para finalmente expresarse en el Código napoleónico (1804). Desde este punto en adelante se esparce por América Latina. Considérese también la línea anglo-francesa de la cual la mayoría de las constituciones latinoamericanas abrevaron en sus inicios o el posterior desarrollo teórico alemán.

Civilización y barbarie se asemejan a una dicotomía existente entre civilización y barbarie jurídica, donde Nuestra América ha sido carente de todo ordenamiento jurídico, sino hasta su incorporación al sistema mundo moderno colonial del capitalismo histórico. Luego, cuanto producción teórica y normativa comenzó a existir fue debido a la implantación de teorías jurídicas locales que erigieron sistemas y culturas jurídicas eurocentradamente globalizadas. Es así como América Latina supuestamente nunca ha producido nada original, ninguna filosofía jurídica propia, sino solo reflejos de las invenciones eurocéntricas. Ergo, la falta de eficacia de sus cuerpos normativos, se debe –en el imaginario colonizado– más a una falla de la ciudadanía, que a una inadecuación de la teoría impuesta en una realidad disímil que le dio origen a tales cuerpos teóricos. En tanto que espejo que devuelve una imagen distorsionada de la realidad jurídica, la falta de estudio del constitucionalismo social latinoamericano, no solo obedece a un necesario ocultamiento por parte del capitalismo de ciertas estructuras jurídicas, sino también se enlaza por la doctrinaria comprensión de ser una corriente jurídica falta de importancia por haber sido producida en la periferia (cuando se reconoce que su origen está en México en 1917).

A.3. Capitalismo dependiente y derecho: discurso jurídico de la dependencia

Por último, la lectura crítica del capitalismo también tendrá una variación, al entender que el capitalismo que se desarrolla en América Latina desde su constitución, es uno distinto del que se desarrolla en los países que pregonan el desarrollo de estas tierras mediante los agentes internacionales de crédito. Hablamos entonces de la consideración de un capitalismo dependiente, que analiza la transferencia de valor que se produce por parte de nuestras sociedades en el mercado internacional hacia los capitales más desarrollados, con las consecuencias que tal proceso conlleva en la organización interna del Estado.

En este sentido cobra relevancia nuevamente la dimensión interna del colonialismo, en tanto tales procesos son realizados con la intervención del Estado (sea tanto por acción como por acción por omisión).

En esta misma línea podemos afirmar que “el imperialismo no puede sostenerse por mucho tiempo sin represión activa, o incluso tiranía interna” donde tal represión demuestra que el achicamiento del Estado solo lo es en algunas esferas que eran propias del “Estado de bienestar”. Contrario sensu, el Estado interviene en salvaguarda de las necesidades de la expansión del capitalismo, sea a través del derecho, sea a través del uso del monopolio de la fuerza (avalada por el derecho).

El punto central radica en: *que el derecho es ideología que se refleja en el discurso; que la función del derecho es la reproducción de poder por parte del sector hegemónico; que en las sociedades latinoamericanas ese sector hegemónico está compuesto tanto por el capital transnacional, como por una burguesía nacional eurocéntrica, que en la competencia internacional se ve en una situación de dependencia y transfiere valor al capital más desarrollado; que el derecho creado resguarda tanto al sector hegemónico como a la situación de dependencia que la favorece y al concomitante eurocentrismo; que tal resguardo se da en el derecho por los operadores deónticos y las conductas a ellos asociados, como por el sentido ideológico contenido en las normas y teorías jurídicas.*

B. Sentido ideológico y justicia social

Dentro de estas primeras aproximaciones, nos resta hacer algunas aclaraciones respecto del nivel semiológico del derecho. Puesto que de la Crítica Jurídica tomamos tanto los términos *significante*, *significado*, *referente*, *sentido deóntico* y *sentido ideológico*, nos cuestionamos respecto del modo en que un determinado significado se asocia a un signo. En otras palabras, en relación a la conexión o la falta de ella nos preguntamos: ¿Cómo es que un determinado significado –sentido– es

atribuido a un significante –grafía–? Decimos primeramente que no hay una relación necesaria entre ambos términos, sino más bien una que es arbitraria. Por otra parte debe recordarse que por no existir este contenido de sentido necesario entre cada significante, sino que el mismo se produce de manera relacional-oposicional entre los mismos. Para ejemplificar: ¿cuál es el significado del significante “derechos humanos”? ¿El que manejaba Videla, el que manejaba Berta Cáceres o ninguno de esos? Si aceptásemos que existe una esencia de lo que los “derechos humanos” son –y tal definición correspondiese con alguna de las dos posturas– ¿Cómo hacer para saber cuáles son objetivamente sus elementos estructurales que al variar dejan de unir significante y significado? Por otro lado, si existiese una definición para todos los casos, ¿cómo acceder a ella?

Dentro de la filosofía del lenguaje encontramos la respuesta: el *punto nodal*. Este último fija los significantes flotantes dentro de un determinado universo discursivo. Tal punto nodal, por decirlo rápidamente, se deriva de una determinada posición ideológica. Si bien puede parecer algo que se sobreentiende, no lo es así necesariamente. En tanto que se revela que los significantes al anclarse, se hacen –constituyen– dentro de una totalidad ideológico-discursiva que los relaciona de una determinada manera –estructuralmente–. Esta red estructurada de significantes es lo que hace que distintas conciencias participes de la misma ideología relacionen del mismo modo los significantes y significados, los sentidos, por fuera de su voluntad. Detener la fluctuación de sentido, no es más que “unir” cierto significante a cierto significado. A su vez, esto es lo que configura una objetivación social del sentido, si se nos permite el término. Zizek aclara esta idea,

¿Qué es lo que crea y sostiene la *identidad* de un terreno ideológico determinado más allá de todas las variaciones posibles de su contenido explícito? *Hegemonía y estrategia socialista* traza lo que tal vez sea la respuesta definitiva a esta pregunta crucial de la teoría de la ideología: el cumulo de “significantes flotantes”, de elementos

protoideológicos, se estructura en un campo unificado mediante la intervención de un determinado “punto nodal” (el *point de capiton* lacaniano) que los “acolcha”, detiene su deslizamiento y fija su significado.

El espacio ideológico está hecho de elementos sin ligar, sin amarrar, “significantes flotantes”, cuya identidad está “abierta”, sobredeterminada por la articulación de los mismos en una cadena con otros elementos –es decir, su significación “literal” depende de su plus de significación metafórico [...] El “acolchonamiento” realiza la totalización mediante la cual esta libre flotación de elementos ideológicos se detiene, se fija –es decir, mediante la cual estos elementos se convierten en una red estructurada de significado .

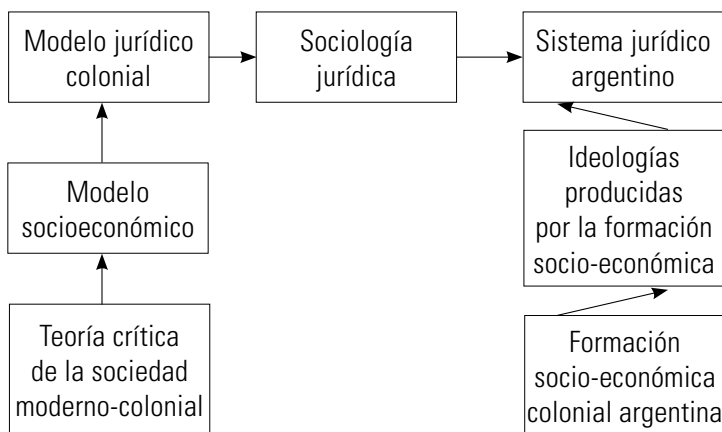
Ahora bien, los distintos discursos jurídicos que se reflejan en el derecho, son parte de otros discursos genéricos o universales (partícipes de otros campos). Es decir, el discurso jurídico liberal, es parte del discurso liberal y por tanto, al desprenderse el primero del segundo, obedecen a la misma ideología. Esto nos lleva a pensar que en el caso específico del discurso jurídico, será necesario: tanto identificar la ideología del discurso del cual se desprende, como así identificar dentro del propio discurso jurídico el significante vacío que detiene la fluctuación de sentido. Postulamos que este punto nodal para el Derecho Constitucional es el de “justicia” en su significación material de oligárquica o social.

C. Relaciones sociales, ideología e ideología jurídica

Propiamente la sociología jurídica, es la ciencia empírica de la Teoría sociológica jurídica. Por tanto para aplicar estos presupuestos teóricos y entender el entramado social e ideológico del cual el derecho es causa y efecto –y concomitantemente saber qué constitución se tiene–, no nos enrolamos en una postura que entienda a su comprensión como un análisis del discurso cerrado en sí mismo. En otros términos, el derecho es discurso en tanto que ideología formalizada en aquel, siendo que para comprender tal ideología es necesario a su vez comprender las relaciones

sociales que la originan. Son entonces tres las esferas necesarias de abarcar para comprender cabalmente la esfera que más nos interesa, la del derecho –sistema jurídico entendido como ideología jurídica-.

Tarea de la *Teoría Sociológica del Derecho*



De este modo, puede analizarse al derecho constitucional como efecto y como causa de las relaciones sociales, sin dejar de analizar el nivel discursivo, como así tampoco las estructuras socio-económicas que le dan origen en el caso puntual. Reflejando en todos los niveles las contradicciones de los grupos antagónicos.

V. A modo de cierre

Hemos realizado un breve recorrido desde la caracterización de la constitución como fenómeno complejo, las notas características de la modernidad y de la denuncia que de esta hace el pensamiento latinoamericano. A su vez, presentada una teoría crítica del derecho, nos hemos apropiado de algunos de sus elementos para utilizarlos en la presente investigación, en relación y armonía con la caracterización que de Nuestra América realizamos. Sin la consideración de las dinámicas de

dominación existentes en América Latina, cualquier intento de crítica o construcción de teorías y cuerpos normativos, caerán en el vacío de la idealización eurocéntrica que responsabiliza a la realidad por la ineficacia de la teoría, coadyuvando a la reproducción de tales factores reales de poder.

En fin, la complejidad de la realidad, nos lleva a entender al Derecho Constitucional como un fenómeno también complejo que no puede reducirse a una única dimensión normativa o sociológica. Desde tal perspectiva debemos considerar como partícipes de las dinámicas de poder colonial que operan en América Latina: primero, las categorías de raza y clase, que lejos de excluirse, se complementan; segundo, el capitalismo dependiente, que interactúa en la producción del derecho de modo distinto a como lo hace en los países centrales; tercero, entendiendo al derecho como efecto de las relaciones sociales, llegamos necesariamente analizar aquellas para luego analizar el discurso jurídico; cuarto, que como parte de la construcción de hegemonía y de reproducción de poder, el derecho todo, y el Derecho Constitucional en especial, es herramienta de la lucha de los sectores antagónicos, y; quinto, que el derecho (constitucional) encierra tanto una dimensión histórica, política e ideológica que resignifica el lugar que la norma ocupa en su definición y comprensión.

Así, saber qué Constitución tenemos nos obligaba a conocer sendos sectores antagónicos y sus finalidades. Visto ya el recorrido realizado, pensamos que un análisis sociológico como el propuesto en el nivel constitucional, dará como resultado tanto la identificación de los sectores sociales en conflicto, su interés y su ideología en el entramado de la sociedad colonial. Seguidamente, cómo a partir del estadio de la correlación de fuerzas en cada ámbito se generan las normas de derecho constitucional y consiguientemente la utilización que en él buscan tales sectores, para realizar su interés². Sabremos entonces cuál

² Recordamos que: "Tras de cualquier producto jurídico del Sistema, es posible encontrar la ideología que le dio su razón de ser. Pero, esto no significa que invariablemente el sentido

es el sector social predominante en la actualidad y con qué finalidad ejerce tal situación de poder y en segundo lugar, que sector social lucha por conseguir el predominio y que ideal e inclinación vital lo lleva a buscarlo. Sabremos, finalmente, si estamos frente a un régimen oligárquico o frente a uno democrático.

Bibliografía

- CORREAS, Oscar (1987). “Kelsen y las dificultades del marxismo” en *Revista Crítica Jurídica*, núm. 5.
- CORREAS, Oscar (1990). “La Sociología jurídica frente al análisis del discurso” en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 14.
- CORREAS, Oscar (1993). “La sociología jurídica. Un ensayo de definición” en *Revista Crítica Jurídica*, núm. 12.
- CORREAS, Oscar (1987). “Teoría sociológica y sociología jurídica” en *Revista Crítica Jurídica*, núm. 7.
- CORREAS, Oscar, *Crítica de la ideología jurídica* (2005). *Ensayo sociosemiológico*, UNAM-Coyoacan, México.
- (2003). *Eficacia del derecho, efectividad de las normas y hegemonía política*, Ediciones Coyoacán, México.
- DUSSEL, Enrique (2000). “Europa, modernidad y eurocentrismo”, en Edgardo Lander (comp.), *La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Clacso, Buenos Aires.
- DUSSEL, Enrique (2001). “Eurocentrismo y Modernidad (introducción a las lecturas de Frankfurt)”, en Walter Mignolo (comp.), *Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*, Del Signo, Buenos Aires.

de la norma esté ligado a su origen histórico; derecho y poder, este último entendido como determinación concreta de la lucha de clases, están ligados. El Derecho es realmente “una técnica social específica”, pero su sentido es pleno cuando se estudia: a) su especificidad y b) se determina por quien es aplicado y contra quien”. ORTEGA PEÑA, Rodolfo; DUHALDE, Luis Eduardo, “Historia del Derecho y liberación nacional”, en *Liberación y Derecho*, UBA, Buenos Aires, 1974.

- (1985). *La producción teórica de Marx. Un comentario a los Grundrisse*, Siglo XXI, México.
- (1988). *Hacia un Marx desconocido. Un comentario de los manuscritos del 61-63*, Siglo XXI, México.
- (1990). *El último Marx (1863-1882) y la liberación latinoamericana*, Siglo XXI.
- (2008). *Marx y la modernidad. Conferencias de La Paz*, Rincón, La Paz.
- GIMENEZ, Gilberto (1981). *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*. UNAM, México.
- GONZALEZ CASANOVA, Pablo (2006). “Colonialismo interno [una redefinición]”, A. Boron, J. Amadeo y S. González (Comps.) *La Teoría Marxista Hoy: Problemas y perspectivas*, Buenos Aires, CLACSO.
- LASSALLE, Ferdinand (1979). *¿Qué es una constitución?*, Jucas, Madrid.
- LOPEZ SEGRERA, Francisco (1972). *Cuba: capitalismo dependiente y subdesarrollo (1510-1959)*, La Habana, Casa de las Américas.
- MARIATEGUI, José Carlos (2007). *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Caracas, Biblioteca Ayacucho.
- MEDICI, Alejandro (2012). *La constitución horizontal*, UASLP, San Luis Potosí, 2012.
- (2015) *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, UASLP, San Luis Potosí.
- O’GORMAN, Edmundo (2006). *La invención de América*, FCE, México.
- ORTEGA PEÑA, Rodolfo; DUHALDE, Luis Eduardo (1971). “Juicio al sistema”, en *Cristianismo y revolución*, núm. 30.
- (1974). “Historia del Derecho y liberación nacional”, en *Liberación y Derecho*, UBA, Buenos Aires.
- OSORIO, Jaime (2016). *Teoría marxista de la dependencia*, Itaca, México.
- PIERPAULI, José Ricardo (2011). “La filosofía política de Arturo E. Sampay”, en SAMPAY, Arturo, Enrique, *Introducción a la teoría del Estado*, Docencia, Buenos Aires.

- QUIJANO, Aníbal (2014). “¡Que tal raza!”, Zulma Palermo y Pablo Quintero (comps), *Aníbal Quijano. Textos fundamentales*, Buenos Aires, Del Signo.
- (2000). “Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina” en Edgardo Lander (comp.), *La Colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Clacso, Buenos Aires..
- (2000) “Colonialidad y Clasificación Social”, Festschrift For Immanuel Wallerstein, *Journal of World Systems Research*, vol. VI, No. 2, Fall/Winter.
- (2014). “Colonialidad y modernidad-razionalidad”, Zulma Palermo y Pablo Quintero (comps), *Aníbal Quijano. Textos fundamentales*, Buenos Aires, Del Signo.
- (2001). “Poder y Derechos Humanos”, en Carmen Pimentel (coomp.), *Poder, Salud Mental y Derechos Humanos*, Lima, CECOSAM.
- SAMPAY, Arturo Enrique (1974). *Constitución y pueblo*, Cuenca, Buenos Aires.
- (1944). *Iluminismo y ciencia jurídica*, Depalma, Buenos Aires.
- (1942). *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, Losada, Buenos Aires.
- (1951). *Introducción a la teoría del Estado*, Politéia, Buenos Aires.
- (1975). *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, EUDEBA, Buenos Aires.
- VILAS, Carlos María (1974). *Derecho y estado en una economía dependiente*, Buenos Aires, Guadalupe.
- HARVEY, David (2004). “El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión”, en *Socialist register 2004* (enero 2005). Buenos Aires, CLACSO.
- ZIZEK, Slavoj (2003). *El sublime objeto de la ideología*, S XXI, Buenos Aires.

Contratos de integración vertical en la producción agraria: Posicionamiento del orden jurídico argentino

Contracts of vertical integration in agricultural production: Positioning of the Argentine legal order

Contratos de integração vertical na produção agrária: o posicionamento do ordenamento jurídico argentino

Les contrats d'intégration verticale dans la production agricole: positionnement de l'ordre juridique argentin

Noelia García¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 357-372

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e225>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1977-4220>

Recibido: 11/09/2018

Aprobado: 17/11/2018

Resumen. Este trabajo se propone brindar una aproximación a las formas en que se estructuran las cadenas agroindustriales, detallando las ventajas y desventajas relativas que presentan para sus distintos eslabones. Asimismo, analizará las implicancias económicas de las diversas variantes de integración, las formas características que adopta la producción a nivel nacional, cómo esta nos posiciona en el mercado actualmente y cuál es el rol que se pretende desempeñar a futuro; esto último, a fin de evaluar si el ordenamiento jurídico acompaña o no dicho plan.

¹ Abogada graduada en la UNLP. Integrante de la Clínica Jurídica de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de dicha casa de estudios. Desempeño funciones en la Contaduría General de la Provincia. Contacto: noegarpr@gmail.com.

Palabras clave: integración vertical; agroalimentario; agroindustrial; valor agregado.

Abstract. The aim of this paper is to present the ways that agroindustrial chains are currently organized, including the advantages and disadvantages that such chains bring about for each of the existing links. We will also analyse the economic consequences of the different forms of integration, the typical forms production may take on a national scale, the consequent position within the market and the goals to be achieved in the future. All said factors shall be considered with the purpose of assessing the adequacy of the Argentina's legal system to fulfill the above mentioned goals.

Keywords: vertical integration; agri-food; agro-industrial; value added tax (VAT).

Resumo. O objetivo deste artigo é fornecer uma aproximação às formas pelas quais as cadeias agroindustriais são estruturadas, detalhando as vantagens e desvantagens relativas que elas apresentam para seus diferentes passos. Da mesma forma, analisará as implicações econômicas das diferentes variantes de integração, as formas características que adota a produção a nível nacional, como isso nos posiciona no mercado atualmente e qual é o papel que pretende desempenhar no futuro; o último, a fim de avaliar se o sistema jurídico acompanha ou não o referido plano.

Palavras-chave: integração vertical; agroalimentario; agroindustrial; valor adicionado.

Résumé: Ce travail se propose d'apporter une approximation aux manières dans lesquelles les chaînes agroindustrielles forment leurs structures, en détaillant les avantages et inconvénients relatifs qui ses chaînons présentent. Aussi, on analysera les conséquences économiques des diverses variantes d'intégration, les formes caractéristiques qui la production à niveau mondial adopte, la manière dans laquelle il nous positionne dans le marché actuel, et quel est son rôle futur; afin d'évaluer si l'ordre juridique accompagne ce plan.

Mot-clés: intégration verticale, agroalimentaire, agroindustriel, valeur ajoutée

Introducción

El escenario económico actual se presenta como una oportunidad propicia para replantearnos -entre otras cosas- el rol que desempeña la Argentina en el mercado mundial como máximo exportador de *commodities*. En efecto, la devaluación de la moneda nacional con el correlativo ascenso del dólar nos invitan a repensar una vez más qué tan vetusto es sostener en el presente siglo el modelo agroexportador: con él, nos ubicamos en el primer eslabón de una cadena de valor que se lleva a cabo fronteras afuera y de cuyos beneficios nos excluimos, obnubilados por las divisas que nos dejan las exportaciones de materias primas.

No se pretende aquí brindar una solución acabada a tan complejos problemas pero sí delinear las relaciones jurídico-económicas que dan lugar a las cadenas agroindustriales; ello, para entender las implicancias del rol que ocupan nuestros productores y el costo de oportunidad que tal posición conlleva. Finalmente, este trabajo exploratorio permitirá advertir la escasa regulación jurídica en la materia invitándonos a pensar qué herramientas puede brindar el derecho a una política alternativa a aquel modelo.

I. El asociativismo agrario. Marco conceptual

Para poder adentrarnos en el tema que nos convoca es necesario describir el contexto en el cual la integración tiene lugar, las diferentes circunstancias que conllevan a la misma (dadas las ventajas que implica) como así también sus diversos tipos.

El proceso de industrialización, la progresiva mejora en los medios de transporte y comunicaciones -con el consecuente proceso de globalización- y el hecho de que naturalmente la producción agraria dé lugar a un mercado de *commodities* altamente competitivo, han constituido las condiciones propicias para generar distintas formas de asociativismo agrario. Se entiende por tal al conjunto de estrategias tendientes a agrupar esfuerzos

entre productores o empresas agrarias y tutelarse mutuamente (cfr. Pastorino, 2009, pág. 523).

Es en ese marco que podemos hablar de integración empresarial, conceptualizándola -de manera muy rudimentaria, por ahora- como el conjunto de relaciones que vinculan y reúnen a los distintos eslabones de una cadena productiva. Primariamente, podemos distinguir entre integración horizontal y vertical; la primera de ellas tiene lugar cuando se vinculan empresas o productores agrarios para realizar conjuntamente una misma actividad en su integridad (integración horizontal total) o al menos, para concurrir en determinados aspectos de la misma (integración horizontal parcial). Un ejemplo de lo primero se da cuando varios productores adquieren en común vacas lecheras, invierten conjuntamente en la instalación del tambo y comercializan de la misma manera la leche obtenida; lo segundo se daría si se reúnen al sólo efecto de comercializar la leche juntos y lograr de esa manera una posición más competitiva (obtener un mejor precio) frente al industrial.² Esta forma de integración otorga como ventaja, además de la ya referida competitividad, la reducción de costos -en tanto facilita emprendimientos que individualmente pueden ser muy onerosos y difíciles de afrontar- y la distribución de riesgos.

La integración vertical, en cambio, implica el establecimiento de relaciones más o menos estrechas y estables entre los distintos eslabones que componen una cadena productiva. Decimos “más o menos estrechas” porque, nuevamente, podemos distinguir entre integración vertical total (o por propiedad) o parcial: la primera tendrá lugar cuando toda la cadena productiva obedece a una unidad de mando y gestión constituyendo, en el más avanzado de los casos, una única empresa; comparado con el ejemplo anterior, sería el caso de una industria láctea que reúne en sí misma -bajo una única firma- las facetas de producción de materia prima, transporte, industrialización, comercialización y distribución.

² El cooperativismo suele ser con frecuencia una de las formas que toma la integración horizontal.

Aunque no se lo advierta a simple vista, las economías de subsistencia se caracterizaron por la integración total: históricamente, la familia era creadora de sus alimentos, concentrándose entonces la producción y el consumo en una misma unidad.

Como contrapartida, la integración vertical parcial (o por contratos coordinados) se configura cuando los diversos eslabones de la cadena mantienen su autonomía (jurídica, al menos) pero se relacionan de manera estable entre sí a través de contratos que tienen como notas características las siguientes: a) se prevén pautas ineludibles en cuanto a insumos a utilizar, calidad de la producción, cantidad, tiempo de entrega o disponibilidad etc.; y b) se dispone algún mecanismo de control por parte de la empresa que ocupa un lugar de poder en la cadena -normalmente el industrial- respecto de los demás integrantes de la misma, dando la nota de “verticalidad”³. Analizando en detalle el supuesto, podemos realizar una nueva diferenciación y hablar de integración hacia atrás (o descendente) y hacia adelante (o ascendente) según la etapa productiva que proponga la integración: en el primer caso, una empresa proyecta asumir o incorporar etapas anteriores a su actividad y hasta ese momento ajenas a la misma (como sería la integración de un proveedor), mientras que en el segundo lo que se incorpora es una actividad ulterior -de la cadena de valor- a la actualmente realizada (como sería la integración de un distribuidor o comercializador). Empleamos la expresión “incorporar” porque, efectivamente, quien propone la integración es una empresa consolidada en la actividad y con suficiente poder económico y organizacional como para controlar y dirigir fases de la producción que le eran ajenas hasta ese momento: por eso se habla también de integrador e integrados a una cadena.

Aquí la situación es más compleja porque requiere la existencia de múltiples contratos que, precisamente, encadenen las

³ El pacto de exclusividad es muy común en estos tipos de integración. Por ejemplo, el productor se compromete a que el industrial del acuerdo sea el único comprador de su mercancía.

distintas fases de la actividad, por lo cual las características y el grado de integración dependerá de cada caso concreto y variará para cada unión de eslabones: las condiciones que se pactan entre el productor y el industrial difieren de las que caracterizan la vinculación entre este último y el distribuidor, siendo también relativo el grado de poder de cada uno de ellos.

Este último tipo de integración brinda previsibilidad en las relaciones económicas, permitiendo establecer de antemano la demanda que tendrán las materias primas y/o productos elaborados como asimismo su precio aproximado. Es frecuente en estos supuestos que el productor tenga vendida la materia prima antes de su obtención, lo que otorga seguridad en el desarrollo de la actividad.

A su vez -y a diferencia de lo que sucede en la integración vertical total, como se verá *infra*- los riesgos característicos de cada etapa productiva son asumidos por cada una de ellas, sin extenderse de manera directa a las restantes. Sin embargo, decimos que las unidades mantienen “al menos” su autonomía jurídica porque la integración vertical parcial suele quitar autonomía económica, generando -la más de las veces- una gran dependencia: sobre todo para los integrados respecto del integrador.

Claro que la integración vertical total brinda no sólo previsibilidad sino, más bien, total control sobre todas las fases de la producción (al reunirse ésta bajo un único mando o, incluso, propiedad). Pero, del mismo modo, ello implica asumir en una única gestión la totalidad de los riesgos que cualquier actividad económica trae aparejada, situación que puede predicarse también respecto de la responsabilidad jurídica. Los riesgos se potencian en este caso al repercutir en la misma unidad administrativa-organizacional y patrimonial las fluctuaciones que alcancen a cualquier eslabón o fase, como serían los caso de aumento de costos de los insumos en la fase productiva o aumento de combustible (por nombrar casos que de modo patente, en condiciones de integración parcial, afectarían principalmente a los productores primarios y transportistas o

distribuidores, respectivamente)⁴. Otras desventajas radican en la dificultad que se presenta para externalizar costos fijos y la pérdida de flexibilidad para volcarse a otras actividades y/o mercados.

II. Implicancias económicas

Mencionamos ya que la integración vertical da lugar, en los hechos, a relaciones de poder y dependencia económica de una faz productiva respecto de otra; dependencia que obedecerá al tipo de actividad y a los términos de cada contrato asociativo en particular. Sin embargo, para analizar dichos supuestos podemos acudir a dos conceptos que nos permitirán evaluar la calificación o el posicionamiento relativo de una empresa en la cadena industrial: amplitud y extensión. En tal sentido, la amplitud de una integración indica el grado en que una empresa depende de sus propios recursos internos para satisfacer sus necesidades de insumos o para comercializar sus productos, mientras que la extensión se refiere a la longitud de la cadena de valor que posee una empresa (cfr. Victoria, 2012, pág. 83-84).

Entonces, para medir uno y otro concepto nos podemos valer de dos herramientas claves: dependencia a insumos externos, ajenos a la unidad productiva de que se trate (en el primer caso) y fracción de valor agregado por la unidad productiva o empresa en el valor final del producto al transitar toda la cadena (en el segundo supuesto).

Así -y siguiendo siempre el mismo ejemplo- un tambero ya consolidado en su actividad cuenta con la mayor parte de los insumos que requiere para llevar a cabo la misma; situación que sobresale aún más si se lo compara con el eslabón siguiente -el industrial- que para poder generar productos lácteos requiere necesariamente de materia prima (leche) ajena a su empresa.

⁴ Téngase en cuenta que en el supuesto de integración vertical parcial los precios suelen pactarse anticipadamente, por lo que la posibilidad de trasladar costos al interior de la cadena se ve notoriamente reducida.

Desde esta perspectiva, podría decirse que el tambero es más independiente y tiene una mejor posición que el industrial. Sin embargo, ni bien se analiza el caso a través del otro concepto (la extensión) resulta fácil advertir que mientras el tambero comercializa el fruto de su actividad sin agregarle valor alguno -o siendo este muy escaso- el industrial es quien aporta la fracción más relevante de valor agregado en el producto final de la cadena, situación que lo coloca con mayor poder relativo frente a las fases restantes: "...de toda la cadena productiva-comercial, solamente el 15 al 25% del valor final del producto puesto en la góndola lo recibe el productor primario. La principal ganancia la captan los intermediarios, los comercializadores y los expendedores (góndolas)" (INTA, 2011, pág. 1).

Con estas herramientas podemos advertir que, en el caso analizado, el industrial tiene una fuerte dependencia del productor y su suerte está atada, en cierta medida, a la de aquel. Sin embargo, el hecho de aportar valor agregado le da al primero de ellos grandes ganancias y posicionamiento en el mercado lo que -sumado a la dispersión de los productores y su consecuente debilidad en términos relativos- le otorga fuerza de negociación, control e imposición de reglas, notas típicas como ya vimos, de la verticalidad.

Es por ello que en la práctica, las formas de integración (vertical y horizontal, con sus variantes) no aparecen de manera pura sino que suelen combinarse: tamberos que se unen entre sí a través de cooperativas⁵ para adquirir peso en la comercialización; industriales que establecen relaciones estrechas con dichas cooperativas exigiéndoles cierta calidad, el empleo de determinados insumos, pactando compras a precios ya determinados, reservándose facultades de control, etc.⁶ Tampoco se

⁵ También se acude a los consorcios y asociaciones civiles como formas de organizar la integración horizontal.

⁶ En el derecho comparado se desarrollan acuerdos de integración en su modalidad colectiva: son acuerdos interprofesionales que vinculan agrupaciones representativas de los agricultores, por un lado, y de los comerciantes, por el otro. Estos acuerdos constituirían el

puede dejar de reseñar en esta instancia que los eslabones que conforman estas cadenas agroindustriales trascienden las fronteras nacionales, dato que es indispensable ni bien se analiza la producción nacional.

En nuestro caso, predominan las actividades con bajo valor agregado (promedio de U\$\$ 700 por tonelada exportada), mientras que hay una fuerte prospección a importar con alto valor agregado (U\$\$ 1.800 la tonelada importada), diferencia -entre el valor de la tonelada exportada e importada- que genera un déficit de 400.000 puestos de trabajo y alta dependencia de manufacturas de origen industrial: 90 % del total importado, frente al 30 % del total exportado (cfr. INTA, 2011, pág. 3).

Por lo tanto, en términos de extensión no podemos más que afirmar que los productores locales tienen una escasa participación en el valor agregado a lo largo de todo el ciclo industrial, lo que -además del desequilibrio en la balanza de pagos que esto conlleva- implica pérdidas comparativas en materia fiscal: si a largo plazo se diseñaran políticas tendientes a aumentar el valor agregado de origen nacional, fomentando la participación en términos competitivos de los productores -asociación horizontal mediante- en la industrialización y/o transformación de las materias primas en alimentos y/o biocombustibles, además de generarse numerosas fuentes de trabajo se incrementaría significativamente la recaudación impositiva a nivel interno; basta a tal fin con pensar solo en el IVA. Estos han sido los objetivos explicitados en el Plan Estratégico Agroalimentario y Agroindustrial Participativo y Federal 2010-2020 (PEA):

El desafío de este período, y que deberá plasmarse en el PEA, será cómo aprovechar adecuadamente las oportunidades de un mundo emergente en rápido crecimiento, balanceando debidamente el mejor rédito a obtener del agro, teniendo en cuenta los factores económicos,

marco de cláusulas mínimas e imperativas (junto a otras de carácter supletorio) a las cuales estarían subordinados los contratos individuales que conformen luego cada integración en concreto (cfr. Pastorino, 2009, pág. 530).

regionales, ambientales y de empleo, sabiendo además, que la asignatura pendiente es lograr un mayor agregado de valor a la producción primaria y de primera industrialización (Presidencia de la Nación, 2010, pág. 72).

Allí se proyectan y estiman comparativamente los resultados de dos modelos alternativos de producción: el incremental y el de valor agregado con desarrollo. El primero es el que la Argentina conoce hasta ahora: ser generadora de *commodities* exportables buscando de manera constante tan sólo el incremento en su producción; el segundo propone -en cambio- generar valor agregado en origen, no solo tendiendo a insertar con mayor peso al país en las cadenas globales de valor sino, y ante todo, procurando que haya cadenas íntegras a nivel nacional que den lugar a exportaciones de bienes y servicios finales. En virtud del crecimiento exponencial que arrojaría el segundo modelo por sobre el primero, se diseña finalmente el plan estratégico para alcanzarlo, el que se compone de diferentes fines y objetivos (cfr. Presidencia de la Nación, 2010, cap. 5).

Excede el marco de este trabajo profundizar en cada una de las metas propuestas y los medios elegidos para conseguirlas. Lo que incumbe destacar es el inmenso interés político-económico que revisten las cadenas agroindustriales y qué tan determinante resulta la posibilidad de cambiar el posicionamiento de los productores locales en términos de extensión, decisión esta última que ya ha sido ponderada por las autoridades con resultados obvios: hay que lograr para nuestros productores la mayor extensión posible en la integración.

Pues bien, ¿cuál es el rol que le cabe al derecho en este proyecto? Dentro de los fines estratégicos-institucionales se persigue “promover la legislación necesaria para el pleno y sustentable desenvolvimiento de las actividades agroalimentarias y agroindustriales” e “implementar un régimen fiscal, comercial y de competencia equitativo desde lo social y alentador para la inversión privada” (Presidencia de la Nación, 2010, pág. 162). Veamos entonces cuál es el estado actual del orden jurídico argentino en la materia.

III. ¿Vacío legal?

Forzoso es comenzar este estudio examinando los términos de la ley N° 25.113, regulatoria del contrato de maquila⁷ y de los contratos agroindustriales.

Según esta, el primero se configura cuando el productor agropecuario se obliga a suministrar al procesador o industrial materia prima con el derecho de participar, en las proporciones que convengan, sobre el o los productos finales resultantes, los que deberán ser de idénticas calidades a los que el industrial o procesador retengan para sí. Se destaca también como rasgo típico que el productor agropecuario mantiene durante todo el proceso de transformación la propiedad sobre la materia prima y luego sobre la porción de producto final que le corresponde (Ley 25.113,1999, art. 1).

No obstante las bondades que presenta la norma, colocando las facultades de control en cabeza del productor y prohibiendo el pacto de exclusividad (Ley 25.113,1999, arts. 2 inc. e, 3 y 4), es difícil imaginar el empleo de esta figura en materia de integración vertical: justamente porque estas limitaciones -aunque loables y protectorias- van notoriamente en contra de las características reseñadas *ut supra* para este tipo de integración. A mayor abundamiento, nótese que sólo hay contrato de maquila cuando la participación o contraprestación del productor es en especie del resultado final obtenido, lo que nuevamente dificulta su aplicación a las grandes cadenas agroalimentarias.

Es aquí donde se cuela la figura de los contratos agroindustriales, es decir, aquellos que tienen por objeto la provisión de materia prima de naturaleza agropecuaria para su procesamiento, industrialización y/o transformación (Ley 25.113,1999, art. 6)⁸. Como puede observarse, si bien ya no se exige el requisito de la

⁷ No entraremos aquí en el debate relativo a si el contrato de maquila es o no una especie de contrato agroindustrial.

⁸ En virtud del referido artículo, las disposiciones de la Ley relativas al contrato de maquila se aplican también a los contratos agroindustriales.

participación sobre el producto final siguen quedando afuera las facetas de comercialización y distribución, en virtud de lo cual sólo de manera parcial y muy rudimentaria podría sostenerse que se subsumen en esta figura los contratos configurativos de las cadenas agroindustriales (cfr. Pastorino, 2009, pág. 529).

En síntesis, la ley N° 25.113 no conforma un régimen acabado y contemplativo de las todas relaciones que configuran una integración vertical pudiendo -en el mejor de los casos- aplicarse tan sólo al contrato que vincula al productor con el industrial, supuesto en el cual sí resultan meritorias sus disposiciones al erigirse en un orden protectorio del primero de ellos.

Superado el análisis de dicha normativa, resta indagar en la integridad del sistema jurídico de manera que del conjunto de sus disposiciones puedan extraerse principios rectores, directrices capaces de orientar la toma de decisiones -ya sea judiciales o de futuras reformas legislativas- en la materia.

En tal sentido, la Constitución Nacional pone a cargo de las autoridades el deber de proveer a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (Const., 1994, art. 41), mientras que el Código Civil y Comercial -haciéndose eco de aquella y en el marco de la comunicabilidad entre el derecho público y privado (cfr. Lorenzetti, 2014, pág. 66)- hace aplicable el principio de buena fe y la doctrina del abuso del derecho a quien se abuse de una posición dominante en el mercado, “sin perjuicio de las disposiciones específicas contenidas en leyes especiales” (Código civil y comercial, 2014, art. 11).

Puede observarse que el Código no conceptualiza el término “posición dominante del mercado” y ello se debe a una única razón: en el marco de la comunicabilidad antes reseñada, tal definición sigue en manos del derecho público; específicamente, serán las previsiones de la ley de defensa de la competencia las que determinarán cuándo se configura el supuesto, respecto del cual el Código agrega tan sólo algunos efectos jurídicos: la aplicación de los principio rectores de la buena fe y el abuso del derecho (Código civil y comercial, 2014, arts. 9 y 10) y la

posibilidad de accionar de manera preventiva y resarcitoria según las disposiciones de este último (cfr. Lorenzetti, 2014, pág. 65).

A su turno, la ley N° 25.156 de defensa de la competencia se encarga del tema de manera muy precisa:

(...) se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos (Ley 25.156, 1999, art. 4).

Encontramos aquí la única referencia concreta a la integración en sus distintas variantes -vertical u horizontal- como una de las modalidades que puede adoptar la posición dominante del mercado: si es capaz de determinar la viabilidad económica de la competencia. Para delimitar este último supuesto puede servirnos de ayuda lo dispuesto en el art. 5 inc. c): evaluar si la integración es capaz (y en su caso, en qué medida) de influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda del mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder (Ley 25.156, 1999, art. 5 inc. c).

En definitiva y hasta el momento, si bien el ordenamiento advierte la existencia de estas cadenas agroindustriales la regulación es ínfima y abarca tan sólo una de las aristas posibles: la distorsión de los mercados a que las mismas pueden, en ciertas condiciones, arribar. Nuevamente, esta es una finalidad estimable y que no debe abandonarse pero, como ya lo anticipara el PEA, no debería ser la única a tener en cuenta por el legislador.

Es que la realidad nos enseña que estas cadenas, con los múltiples y variados vínculos a que dan lugar, no sólo existen (independientemente de que cada eslabón mantenga su autonomía y personalidad jurídica) sino que desempeñan un rol fundamental

en la producción, participación que es necesario reforzar procurando mayor valor agregado a nivel nacional. Repensar el derecho en estos términos seguramente contribuirá a tales fines.

Como una tímida muestra de que dichos vínculos no sólo son advertidos sino que cobran relevancia jurídica, cabe mencionar tres supuestos a nivel normativo: I) la ley de defensa del consumidor, que responsabiliza de manera solidaria a todos los integrantes de la cadena por los daños que aquel sufra en virtud del riesgo o vicio de la cosa, con total prescindencia del grado y el tipo de integración que los une (Ley 24.240, 1993, art. 40); II) la ley de contrato de trabajo, que atribuye la misma responsabilidad a las empresas que -aunque tengan personalidad jurídica propia- sean coordinadas, dirigidas o administradas por otras, o estuvieran de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria⁹ (Ley 20.744, 1976, art. 31); y III) el Código Civil y Comercial que entiende por conexos a aquellos contratos vinculados entre sí por una finalidad económica común, de modo que uno es determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Dicha finalidad puede derivarse de la interpretación: los contratos conexos se explican unos por medio de los otros y adquieren sentido como un todo sistémico, según su función económica y el resultado perseguido. Como consecuencia de ello, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento aún frente a la inexecución de obligaciones ajenas a su contrato, permitiéndose asimismo alegar la imposibilidad de cumplimiento cuando la extinción de un contrato conexo produce la frustración de la finalidad económica común (Código civil y comercial, 2014, arts. 1073, 1074 y 1075).

Si el principio de primacía de la realidad nos permite en materia laboral prescindir de la delimitación que implica la existencia de distintas personas jurídicas para ver -conforme los lazos

⁹ Siendo todas ellas solidariamente responsables respecto de las obligaciones asumidas con sus trabajadores y ante los organismos de la seguridad social.

permanentes que las unen- un conjunto económico; si la ley de defensa del consumidor hace lo propio en materia de responsabilidad por daños; y si -en la misma dirección- el Código Civil y Comercial permite usar defensas en una relación contractual distinta a la que le sirve de causa en virtud de la conexidad ínsita a la finalidad económica común, quizás sea hora de que el legislador se *aggiorne* en materia de integración económica y refleje en el derecho la realidad imperante: no con el único afán de regular la institución, sino para repensar el papel de los productores nacionales y fomentar el agregado de valor a nivel local. En definitiva, para aproximarnos a las metas del PEA.

Una buena política necesita de reglas congruentes con sus objetivos, que generen los incentivos adecuados para su persecución.

Conclusión

Como se habrá advertido, la idea en torno a la que gira este trabajo y en virtud de la cual se insta a una regulación adecuada de la integración agroalimentaria -principalmente en su modalidad vertical- es la dependencia en que se encuentra el productor frente al industrial. Eslabón este último que en el caso argentino y dado el gran peso que representan las materias primas en nuestras exportaciones, suele operar desde el exterior.

La creciente independencia de los productores nacionales que traería aparejada una integración vertical ascendente, donde estos incorporen las facetas posteriores -que son justamente las que mayor valor agregan a la cadena- se traduciría en un considerable incremento de divisas, aumento en la recaudación interna y crecimiento de las fuentes de trabajo, expresándose correlativamente en términos de mayor soberanía nacional.

Referencias bibliográficas

BRAGACHINI, M., CASINI, C., SAAVEDRA, A., MÉNDEZ, J., ERRASQUIN, L., USTARROZ, F. y BRAGACHINI, M., (2011). Argentina

- hacia la industrialización del campo Argentino 2011/2020. *Boletín del Proyecto Nacional de Eficiencia de Cosecha, Poscosecha y agregado de Valor en Origen – INTA PRECOP III*. Recuperado de https://inta.gob.ar/sites/default/files/script-tmp-argentina_hacia_la_industrializacin_del_campo.pdf
- LORENZETTI, R. L. (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal- Culzoni.
- PASTORINO, L. (2009). *Derecho agrario argentino*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, (2010). *Plan Estratégico Agroalimentario y Agroindustrial Participativo y Federal 2010-2020*. Recuperado de https://inta.gob.ar/sites/default/files/inta_000001-libro_pea_argentina_lider_agroalimentario.pdf
- VICTORIA, M. A. (2012). Integración vertical para los agronegocios. *Revista Académica CIFRA 7*, de la Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud de la Universidad Nacional de Santiago del Estero, ISSN: 0328-8862, pp. 77-96 Recuperado de <http://fhu.unse.edu.ar/carreras/rcifra/victoria.pdf>.

Legislación consultada

- Código Civil y Comercial [Código]. (2014) 1ra ed. La Ley.
- Congreso de la Nación Argentina (13 de Mayo de 1976) Régimen de Contrato de Trabajo [Ley 20.744 de 1976].
- Congreso de la Nación Argentina (22 de Septiembre de 1993) Defensa del Consumidor [Ley 24.240 de 1993].
- Congreso de la Nación Argentina (23 de Junio de 1999) Contratos de Maquila [Ley 25.113 de 1999].
- Congreso de la Nación Argentina (25 de Agosto de 1999) Defensa de la Competencia [Ley 25.156 de 1999].
- Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994) 1ra Ed. Pro-
ducciones Mawis.

Novedades legislativas

*Eduardo Baldi*¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 373-382

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e226>

ORCID: orcid.org/0000-0003-3933-2611

Nación

Ley Nº 27.453. Crea un programa para la urbanización de dominios de villas y barrios de emergencia de todo el país

La norma prevé la declaración de interés público y sujeto a expropiación de los predios con barrios de emergencia que constan en el Registro Nacional de Barrios Populares en Proceso de Integración Urbana (RENABAP), elaborado por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Por otra parte, se suspenden por un plazo de cuatro años desde la entrada en vigencia de la ley el desalojo de los bienes inmuebles incluidos en el RENABAP, tanto los sujetos a expropiación, como aquellos de propiedad del Estado Nacional.

Ley 27.454, Creación del Plan Nacional de Reducción de Pérdidas y Desperdicio de Alimentos

Dicho plan, tiene por objeto la reducción y eliminación de Pérdidas y Desperdicio de Alimentos, a través del empoderamiento y movilización de los productores, procesadores, distribuidores, consumidores y asociaciones.

Además busca poner especial relevancia a la atención de las necesidades básicas alimentarias de la población en condiciones de vulnerabilidad y con riesgo de subsistencia. Crea el Registro

¹ Abogado, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

de Instituciones de Bien Público Receptoras de Alimentos, donde deberán inscribirse las instituciones públicas o privadas, legalmente constituidas y que cumplan con controles sanitarios, que serán responsables de la recepción de los productos alimenticios y de la entrega gratuita a los consumidores finales.

Ley N° 27.455. Establece el abuso sexual infantil como delito de acción pública

La presente ley, modifica la redacción del artículo 72 del Código Penal. De esa manera, la acción ante la Justicia podrá ser llevada adelante por cualquier persona.

Decreto N° 816/18. Deja sin efecto el recorte de asignaciones familiares en la Patagonia

A través del mencionado Decreto, el Gobierno dio marcha atrás con el recorte a las asignaciones en la Patagonia que reducía a menos de la mitad los montos para beneficiarios de dicha región del país y otras “zonas desfavorables”.

Decreto N° 836/18. Programa de asistencia financiera a provincias y municipios

El objetivo de la medida es asistir económicamente a las localidades ante la eliminación del Fondo Federal Solidario para que puedan concluir con las obras que se estaban realizando. El monto total del dinero asignado será de \$4.125.000.000 que se transferirá en 4 cuotas iguales, mensuales y consecutivas.

Decreto N° 871/2018. Reglamentación de la “Ley Brisa” N° 27.452

Mediante dicha ley se establece un régimen de reparación para niñas, niños y adolescentes, menores de 21 años y personas con discapacidad cuando cualquiera de sus progenitores y/o progenitores afines haya fallecido a causa de violencia intrafamiliar y/o de género.

Se trata de una reparación económica que debe ser abonada por el Estado Nacional mensualmente, por un valor equivalente

a un haber jubilatorio mínimo, inembargable y retroactiva al momento de cometerse el delito, aunque el mismo se hubiera cometido con anterioridad a la sanción de la misma.

Decreto N° 907/2018. Clausura la investigación administrativa por la deuda del Correo Argentino

Firmado por la presidenta en ejercicio, Gabriela Michetti, a través del cual, se rechazó un recurso del titular de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas, Sergio Rodríguez, contra una decisión del Procurador del Tesoro de la Nación, Bernardo Saravia Frías, que declaró clausurado el sumario administrativo, que había abierto su antecesor Carlos Balbín, y se declaró la inexistencia de perjuicio fiscal y de irregularidad administrativa imputable a agente alguno en relación a los hechos de la causa judicial de la quiebra del Correo Argentino.

Cabe recordar que el presidente Macri, debido a su vínculo con el caso, se excusó de intervenir mediante Decreto N° 882/18, y quedó la responsabilidad en manos de la vicepresidenta Michetti que, ahora, previo dictamen del procurador Saravia Frías cerró la investigación al considerar que no hubo falta de ningún tipo.

Decreto N° 938/18, Creación del Organismo Federal de Valuaciones de Inmuebles en el ámbito de la Secretaría de Provincias y Municipios del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda

Su objetivo será el de determinar los procedimientos y las metodologías de aplicación para las valuaciones fiscales de los inmuebles ubicados en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias que adhirieron al Consenso Fiscal suscripto el 16 de noviembre de 2017, aprobado por la Ley N° 27.429.

Decreto N° 962/2018. Autoriza la inscripción de boletos de compraventa en el Registro de la Propiedad Inmueble

La norma posibilita la inscripción de los contratos en los que se haya pagado al menos el 25% del valor del inmueble. Podrá

ser tramitado a distancia mediante firma digital. La inscripción será tomada como una restricción al dominio y durará 5 años.

Luego de dicho plazo, la inscripción perderá sus efectos frente a terceros, sin perjuicio que el contrato seguirá siendo oponible entre las partes. Solo podrán inscribirse aquellos contratos donde se haya pagado al menos el 25% del precio, es decir, aquellos en los cuales el comprador tenga la prioridad contemplada en el artículo 1170 del Código Civil y Comercial.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1043/2018. Habilitación de bono de \$5000 para los trabajadores en relación de dependencia del sector privado. Establecimiento de un procedimiento previo de comunicación para los despidos sin justa causa

Se trata de una asignación no remunerativa para quienes estén en relación de dependencia. Los empleadores podrán pagar el 50% de esa suma en diciembre y lo restante en febrero. Sin embargo, los sectores que se encuentren en crisis o declinación productiva podrán adecuar los plazos y montos.

Por otra parte, en el Capítulo II, con el objetivo de “regular los efectos negativos que distintas situaciones provoquen en los niveles de empleo”, la norma establece que hasta el 31 de marzo de 2019 deberá seguirse un procedimiento por el cual los empleadores, antes de disponer despidos sin justa causa de trabajadores con contratos de trabajo por tiempo indeterminado, deberán comunicar la decisión al Ministerio de Producción y Trabajo con una anticipación no menor a 10 días hábiles previo a hacerla efectiva.

Asimismo, dicho organismo de oficio o a petición de parte, podrá convocar al empleador y al trabajador junto con la asistencia gremial pertinente, a fin de celebrar en ese mismo plazo las audiencias que estime necesarias para considerar las condiciones en que se llevará a cabo la futura extinción laboral.

El incumplimiento de lo establecido en el presente capítulo dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Anexo II de la Ley N° 25.212 y sus modificatorias.

Cabe tener presente que este procedimiento no se aplicará al personal de la Industria de la Construcción, contratado en los términos de la Ley N° 22.250.

Decreto N° 1050/2018. Reglamentario de la Ley N° 27.364 que crea el “Programa de Acompañamiento para el Egreso de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales”

El Programa está destinado a adolescentes/jóvenes sin cuidados parentales desde los 13 años hasta los 21 años de edad, o que se hallen separados de su familia de origen, nuclear y/o extensa o de sus referentes afectivos y/o comunitarios y residen en dispositivos de cuidado formal. Por ejemplo, que habiten en institutos, hogares, residencias juveniles, casas hogares, familias cuidadoras, familias comunitarias, familias de acogimiento.

Asimismo, la norma prevé que los adolescentes entre 16 y 18 años de edad incluidos en dicho programa adquieren la mayoría de edad de manera anticipada.

El acogimiento al programa es voluntario, siendo en todos los casos necesario, que los adolescentes otorguen su consentimiento informado y debiendo finalizarse en cualquier momento cuando así lo decida y lo manifieste de modo fehaciente. La ayuda consiste en un acompañamiento personal y en una asignación económica mensual.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1053/2018. Modificación de varias partidas del presupuesto 2018. Oficializa compensación que les dará el Estado a las empresas gasíferas como consecuencia de las pérdidas que tuvieron por las variaciones del tipo de cambio

Mediante el DNU se incrementan las partidas destinadas para ANSES, para el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, entre otros organismos.

Por otra parte, se establece que el Estado Nacional asumirá con carácter excepcional el pago de las diferencias diarias acumuladas mensualmente entre el valor del gas comprado por las prestadoras del servicio de distribución de gas natural

por redes y el valor del gas natural incluido en los cuadros tarifarios vigentes entre el 1° de abril de 2018 y el 31 de marzo de 2019, generadas exclusivamente por variaciones del tipo de cambio y correspondientes a volúmenes de gas natural entregados en ese mismo período.

El monto neto a abonar lo calculará ENARGAS. El pago a las prestadoras se hará en 30 cuotas mensuales y consecutivas a partir del 1° de octubre de 2019. Una vez percibida cada cuota, las prestadoras realizarán inmediatamente los pagos correspondientes a los proveedores de gas natural involucrados y los informarán y acreditarán mensualmente ante el ENARGAS.

Esta medida viene a modificar la oportunamente tomada mediante Res. N° 20/18 de la Secretaría de Energía, que trasladaba el costo de la devaluación a los usuarios del servicio de gas natural. Posteriormente dejada sin efecto por Res. N° 41/18 del mismo organismo. En esta modificación, el Estado asume dichos costos, y por un semestre más, del previsto originalmente.

Además, se establece que a partir del 1° de abril de 2019 los proveedores de gas natural y las prestadoras del servicio de distribución de gas natural por redes deberán prever en sus contratos que en ningún caso podrá trasladarse a los usuarios que reciban servicio completo el mayor costo ocasionado por variaciones del tipo de cambio ocurridas durante cada período estacional.

Decreto N° 1056/2018. Crea la “Reserva ambiental de la defensa Campo de Mayo” en el predio militar del mismo nombre

Dicho predio, tiene carácter de “Sitio de Memoria” atento la perpetración de crímenes de lesa humanidad durante la última dictadura militar. Como consecuencia de la medida, los organismos de Derechos Humanos repudiaron la decisión y desde Abuelas de Plaza de Mayo realizaron una presentación judicial en la ONU.

Decreto N° 1069/2018. Asignación de subsidio extraordinario a los titulares de la Asignación Universal por Hijo

La suma que alcanza a \$1.500, se abonará en el mes de diciembre del 2018 y por única vez. También irá destinada a los beneficiarios de la Asignación por Embarazo para Protección Social. El pago será realizado por ANSES. El Gobierno argumentó que la medida tiene el objetivo de “continuar acompañando y cuidando a los sectores más vulnerables y más necesitados de la sociedad”.

Resolución N° 14/18 de la Secretaría de Gobierno de Energía. Recorta beneficios y subsidios en el consumo de gas.

La mentada Resolución deja sin efecto los arts. 3, 6 y 9 de la Resolución n° 474/17 y el art. 10 de la Resolución n° 212/16, ambas del ex - Ministerio de Energía, dichos artículos otorgaban una bonificación del 10% en el precio del Gas Natural por redes y del Gas Propano Indiluido por redes para todas las categorías de usuarios Residenciales que registren un ahorro en su consumo igual o superior al 20%.

Asimismo, determina que la bonificación correspondiente a los beneficiarios de la Tarifa Social, prevista en el art. 5° de la Resolución N° 28/16, será aplicable sobre un bloque de consumo máximo, abonándose el 100% del precio del Gas Natural o del Gas Propano Indiluido, del consumo que lo supere.

Resolución N° 415/2018 del Consejo de la Magistratura de la Nación. Reglamenta el Acceso a la Información Pública en el Poder Judicial de la Nación

La Resolución adhiere a todos los principios establecidos por la ley marco 27.275 de Derecho de Acceso a la Información Pública. Asimismo, reglamenta el procedimiento para recibir y responder las solicitudes que le sean formuladas en el marco de la Ley El protocolo permite a los ciudadanos realizar estos pedidos personalmente, por mail o por correo.

Resolución N° 1701/2018 de Jefatura de Gabinete de Ministros. Reasignación de fondos de ANSES para las fuerzas de seguridad

A través de la citada norma, se realizó una modificación presupuestaria que destina partidas al Ministerio de Seguridad y a otras dependencias del Estado.

Provincia de Buenos Aires

Ley N° 15.057. Reforma del Fuero y Procedimiento Laboral

La Legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionó la reforma del fuero laboral que transformará a los tribunales integrados por tres jueces en juzgados unipersonales. Además, habrá una instancia de apelación con una cámara propia. El objetivo de la medida es agilizar los juicios.

Una Comisión especial del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires había analizado el proyecto durante el 2017. Sin embargo, hay diferencias entre el anteproyecto que habían elaborado y la ley que finalmente se sancionó.

Una de las iniciativas consistía en que haya Cámaras en todos los Departamentos Judiciales. No obstante, el Senado redujo su número a 17, omitiendo las de Necochea, Pergamino y Trenque Lauquen.

Por otra parte, en el anteproyecto se establecía la obligatoriedad de la presencia del Juez, bajo pena de nulidad, en la Audiencia Preliminar. En cambio, en el Senado se mantuvo dicha Audiencia, pero se quitó la obligatoriedad de participación del magistrado.

Ley N° 15.061. Prohibición a los establecimientos educativos públicos de gestión privada retener o no entregar boletines de calificaciones, certificados de estudios, pases a otros establecimientos, certificados de regularidad y toda otra documentación oficial de aquellos alumnos que registren morosidad en el pago aranceles o cuotas

Asimismo, establece que ningún estudiante será privado de la asistencia regular a todas las clases, experiencias y actividades pedagógicas e institucionales en general, por falta de pago de aranceles o cuotas o mora en el pago de los mismos, debiendo los establecimientos abstenerse de hacer pública la deuda en concepto de aranceles, y adoptar mecanismos que eviten que tanto docentes como estudiantes sean involucrados en el cobro de los aranceles o cuotas

Ley N° 15.062. Adhesión a la Ley Nacional N° 27023

La mentada norma nacional, establece que todos los medios de transporte público de pasajeros, están obligados a disponer en sus unidades de transportes de un espacio visible y destacado en el que deberá inscribirse en forma claramente visible la leyenda “Las Islas Malvinas son Argentinas”, con una tipografía y formato que determinará la reglamentación.

Decreto N° 1144/2018. Aumento de sueldo unilateral para trabajadoras y trabajadores judiciales

Mediante dicho decreto, la gobernadora, María Eugenia Vidal, otorga con carácter de anticipo remunerativo y a cuenta del aumento salarial que en definitiva se acuerde, un incremento de los sueldos básicos para cada agente, funcionario y magistrado, calculado en base al nivel salarial en que se desempeña bajo el régimen establecido por la Ley N° 10374 y sus modificatorias, equivalente al 3% a partir del 1° de enero de 2018, al 7% a partir del 1° de marzo de 2018, al 15% a partir del 1° de julio de 2018 y al 19% a partir del 1° de septiembre de 2018.

Decreto N° 1145/2018. Aumento de sueldo unilateral para trabajadoras y trabajadores docentes

La medida, ratifica las Resoluciones Conjuntas de la Dirección General de Cultura y Educación y del Ministerio de Economía N° 3, 6, 11, 14, 16 y 58 de este año, que dispusieron seis anticipos que alcanzan un 19% de aumento.

La ratificación de los adelantos se dio como alternativa a la negociación paritaria.

Decreto N°1350/2018 Modificación de la reglamentación de la Ley de Tránsito Provincial N° 13.927

La norma dispone que la Dirección Provincial de Política y Seguridad Vial ejercerá como autoridad de aplicación en la materia, siendo el órgano competente para autorizar el uso e instalación en la vía pública de los instrumentos o sistemas de control en jurisdicción provincial y municipal.

Además, entre otras cuestiones, regula las condiciones de seguridad que deben cumplir los vehículos, las clases de licencias de conducir, los principios del procedimiento que se debe seguir a raíz de una infracción y la administración del Sistema Único de Infracciones de Tránsito Provincial.

Esta sección se realiza gracias al invaluable aporte de Palabras del Derecho:

www.palabrasdelderecho.com.ar

www.facebook.com/palabrasdelderecho/

Twitter: @palabrasdelderecho.



| COMENTARIO A JURISPRUDENCIA |

Levanto la copa por los que sobreviven a tanta sordidez,
por las collas que aquella libertad esclaviza y apuna,
por los que tienen coraje para escribir después del horror,
por los que no tocan la mano de cualquiera;
brindo por Celan después de Auschwitz,
por las concavidades femeninas
que mi perversión satanizó,
por el último beso que me dio,
por mis amigos decadentes,
torpes de palabra,
por la canción de los olvidados
y el sueño de los lúmpenes.
Para los desatinados como yo que alguna vez
gimieron por exceso de penumbra
pido un suspiro más emocionante que mórbido,
un homenaje que consista en escupir sin moral,
escupir con fe sobre esta tierra
que no deja hablar a los muertos,
festejar ensangrentados por lo que no pudimos soñar,
aspirar como un bandoneón
una melancolía que no sea contaminante,
y no abrazarse a la Biblia como a una botella de fernet.

Autor: Norberto Antonio

Arte de la portada: Leonardo Gauna

Obra: Cansada y lejana

Responsabilidad por daños en espectáculos públicos: Avance y retroceso. “Mosca” y “Arregui”¹

Liability for damages in public shows: progress and retrogression. “Mosca” and “Arregui”

Responsabilidade por danos em espetáculos públicos: Progresso e retrocesso. “Mosca” e “Arregui”

Responsabilité pour dommages en spectacles publics: progrès et régression. “Mosca” et “Arregui”

*Rosario María Echevesti*² | Universidad Nacional
*Lucas José Zudaire*³ | de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 385-402

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e228>.

ORCID: orcid.org/0000-0002-4960-2120 (Echevesti)

orcid.org/0000-0002-0796-8618 (Zudaire)

Recibido: 17/09/2018

Recibido con modificaciones: 29/09/2018

Aprobado: 01/11/2018

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo el análisis crítico de dos fallos jurisprudenciales que marcaron hitos en el análisis de la responsabilidad civil de los organizadores de espectáculos públicos. El

¹ “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios, en Fallos, 330:563, en adelante, “Mosca”. Recurso de hecho deducido por la Comunidad Homosexual Argentina en la causa “Arregui”, Diego Maximiliano c Estado Nacional - PFA - Y otros s/ daños y perjuicios” Fallos, 340:1940, en adelante “Arregui”.

² Abogada (UNLP). Docente de la Cátedra I de Derecho Civil II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad nacional de La Plata

³ Abogado (UNLP). Docente de la Cátedra I de Derecho Civil II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad nacional de La Plata

primero de ellos es el fallo “Mosca” en donde la Corte toma un criterio amplio desde el punto de vista del derecho de daños, pero sobre el cual luego retrocede en el fallo “Arregui”.

Palabras clave: Espectáculos públicos. Responsabilidad. Daños. Organizador. Poder de policía estatal.

Abstract: The objective of this paper is to make a critical analysis of two jurisprudential precedents that marked milestones in the analysis of civil liability of organizers of public shows. The first of these precedents is “Mosca”, in which the Court takes a broad criterion from the point of view of the law of damages, but from which it later steps back in the precedent “Arregui”.

Key words: Public shows. Liability. Damages. Organizer. State police power.

Resumo: Através deste trabalho, analisaremos as decisões do Supremo Tribunal de Justiça da Nação “Mosca” - de 6 de março de 2007 - e “Arregui” - de 26/12 / 2017-, que representam dois marcos importantes na análise de a responsabilidade dos organizadores de eventos ou shows públicos, pelos danos sofridos durante eles

Palavras-chave: Shows públicos Responsabilidade Organizador Poder da polícia estadual

Résumé: L’objectif de cet article est l’analyse critique de deux décisions jurisprudentielles qui ont marqué des jalons dans l’analyse de la responsabilité civile des organisateurs de spectacles publics. Le premier est le jugement “Mosca”, dans lequel la Cour adopte une vision vaste du point de vue du droit en matière de dommages et intérêts, mais sur laquelle il revient ensuite dans le jugement “Arregui”.

Mots-clé: Spectacles publics. Responsabilité. Dommages. Organisateur. Pouvoir de police de l’État.

I. Introducción. Los casos

Mediante el presente trabajo, analizaremos los fallos de la CJSN “Mosca” –del 6/3/2007- y “Arregui” –del 26/12/2017-, que representan dos sustanciales hitos en el análisis de la

responsabilidad de los organizadores de eventos o espectáculos públicos, por los daños sufridos durante los mismos.

Sin perjuicio de tratarse de pronunciamientos harto conocidos en el ámbito de la responsabilidad, hacemos una brevísima reseña de los hechos en cada caso.

En el caso “**Mosca**”, el actor sufrió daños en ocasión de un encuentro futbolístico disputado entre los clubes Lanús e Independiente. Mosca no asistió al encuentro como espectador, ni ingresó al predio, sino que permaneció en sus inmediaciones, dado que había transportado como chofer a un grupo de periodistas y fotógrafos.

Cuando el encuentro deportivo estaba casi finalizado, un grupo de simpatizantes de la parcialidad local –el Club Atlético Lanús– se introdujo en el sector de plateas bajas, donde destrozaron parte del piso, sillas y mampostería, arrojando esos elementos hacia el campo de juego y hacia la vía pública. Uno de ellos impactó en el cuerpo del actor, a la altura de su ojo izquierdo, en el momento en que estaba caminando por la vía pública adyacente hacia su automotor, que estaba estacionado a unos quince metros de la barrera de seguridad del club.

Cabe destacar que el hecho dañoso había sido previamente resarcido mediante el régimen laboral especial, por ello la acción de derecho común presentó un carácter complementario. Los autores materiales del hecho ilícito nunca fueron identificados.

Los hechos en “**Arregui**”, se sucedieron cuando la Comunidad Homosexual Argentina organizó un evento público y gratuito, en donde se difundían consignas vinculadas a la prevención del SIDA, en el marco de una campaña llamada “Stop Sida”.

En el marco de dicho espectáculo, que tuvo lugar en un predio público cuyo uso fue concedido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el actor fue agredido por un tercero. El hecho se produjo detrás del anfiteatro donde en concreto se realizó la actividad –sin perjuicio de que la autorización administrativa consignaba como espacio el de la “Costanera Norte”, abarcando un terreno más amplio–.

Ambos pronunciamientos contienen visiones de la cuestión desde diferentes perspectivas, que vamos a dividir en:

II. El vínculo entre asistente y organizador. Marco normativo

1. El caso “Mosca”

En “**Mosca**”, el actor demandó tanto a la Asociación de Fútbol Argentino como al Club Atlético Lanús en su carácter de organizadores.

En el estudio del caso los cortesanos se detuvieron principalmente en el análisis de los siguientes puntos: La existencia de una relación de consumo, el perseguido fin de lucro y el deber de seguridad del organizador, haciendo especial hincapié en el la titularidad del control de acceso.

a) Relación de consumo

El máximo tribunal enmarcó la cuestión dentro de las normas del derecho del consumidor, teniendo a la presente como una relación de consumo, en la que considera exigible el deber de seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional. Este deber abarca no sólo a los contratos, sino también a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados –tal como sucede en el caso–.

Así, sostiene que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales respecto de sujetos no contratantes, razón por la cual el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales.

b) Control de acceso

En el presente caso, la Corte consideró que no hay dudas respecto del incumplimiento de las medidas de seguridad que

cabe exigir al organizador de un espectáculo deportivo, toda vez que el accionar de un grupo de espectadores escapó a todo control y causó daños a terceros.

El club organizador del espectáculo deportivo, tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes.

Debe impedir el ingreso de inadaptados, y exigir a los concurrentes el cumplimiento de las leyes y reglamentos, extremando las medidas de seguridad a la entrada de los estadios (por ejemplo, revisando bolsos, paquetes, portación de armas, etc.).

c) Marco normativo

Respecto del **Marco normativo**, el tribunal se plantea si corresponde enmarcar la cuestión dentro de los supuestos de aplicación del débito de seguridad genérico (art. 1.198 del Código Civil) o específico (ley 23.184⁴).

En primer lugar, se advierte que los hechos dañosos tuvieron su causa en el accionar de espectadores que no son terceros por los cuales el organizador no deba responder y ocurrieron durante el espectáculo y en la secuencia temporal inmediatamente posterior.

En segundo término, se destaca como cuestión decisiva la circunstancia de que la víctima no era espectador ni estaba dentro del estadio, sino en las inmediaciones, debido a que la norma especial, en el plano de la responsabilidad civil, establece en su art. 51 que *las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo, son solidariamente responsables de los daños y perjuicios que se generen en los estadios*. El resaltado es propio.

Expresamente la ley diferencia el régimen penal del de la responsabilidad civil, estableciendo un campo de aplicación

⁴ Ley 23.184 "Régimen Penal y Contravencional para la violencia en los citados eventos. Responsabilidad Civil" Sancionada el día 30/5/1985 modificada por Ley 24.192 "Espectáculos deportivos" del 3/3/1993

más amplio para el primero de ellos cuando en su artículo 1° dispone que dicho régimen se aplicará a los hechos previstos en el capítulo, *cuando se cometan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él, como así también durante los traslados de las parcialidades, tanto sea hacia o desde el estadio deportivo donde el mismo se desarrolle*. El resaltado es propio.

Sin perjuicio de ello, la Corte interpreta que el término “estadio” incluye sus inmediaciones, ya que se trata de un vocablo de textura abierta que debe ser interpretado mediante una analogía sustancial, y subraya que *los daños ocurridos han sido “con ocasión” del evento, toda vez que si este último no se hubiera celebrado, aquellos no habrían tenido lugar*.

Por todo ello, concluye que *todo organizador de un espectáculo deportivo tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el art. 1198 del Código Civil y especial en la ley 23.184. Ese deber de seguridad es expresivo de la idea de que quienes asisten a un espectáculo lo hacen en la confianza de que el organizador ha dispuesto las medidas necesarias para cuidar de ellos*. Tal ha sido la finalidad del legislador, la tutela específica de los asistentes y un criterio de previsibilidad en cuanto a la extensión de las consecuencias.

2. El caso “Arregui”

Veremos ahora como han sido abordados algunos de los puntos antes referenciados, en la causa “Arregui”:

a) Relación de consumo

La Corte entiende que no existe relación de consumo en la situación dada en la causa “Arregui”, poniendo el énfasis en que la CHA no tiene carácter de ‘proveedor’. Corresponde

analizar entonces, a la luz de qué normas cabe examinar esta cuestión.

Para el análisis del **marco normativo** y la existencia o inexistencia de **una relación de consumo**, es necesario en este caso realizar una especial mención, dado que, si bien el decisorio es reciente (2018), los hechos ocurrieron más de trece años (2005).

En aquel momento, en el que no solo no regía el Código Civil y Comercial, y su art. 1092, sino que además no se encontraba en vigencia la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, instaurada mediante la Ley 26.361 (2008)⁵.

El entonces art. 2 de la Ley 24.240 establecía que se considera proveedor la *persona que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzca, importe, distribuya o comercialice cosas o presten servicios a consumidores o usuarios*.

Es este punto uno de los en los que encuentra el Tribunal el basamento para diferenciar su decisión en la adoptada en el caso “Mosca”. En esta oportunidad, la Corte Suprema entiende que no puede condenarse al pago de los daños y perjuicios en virtud de un factor objetivo de atribución de responsabilidad basada en la relación de consumo, ya que no existe relación de consumo.

Para así decidir, sostiene que el sujeto organizador no es un “proveedor”, ni se inserta en la categoría del art. 2º de la ley de defensa del consumidor, ni en el actual art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación⁶.

⁵ En el año 2005, el régimen consumeril se regía por la Ley 24.240, texto ordenado por Ley 24.999 del 1/7/1998.

⁶ Artículo este último que define a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor, y sigue con el concepto de consumidor como aquella persona que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, sin hacer referencia al proveedor, que encuentra actualmente descripto en el art. 2º de la ley de defensa del consumidor, en el que se establece que es proveedor aquella persona que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción,

b) *El fin de lucro, su intrascendencia frente al daño*

Una cuestión que se presenta disímil en los casos presentados es la presencia –en Mosca- o ausencia –en Arregui- de un fin de lucro en la actividad desarrollada por alguno de los organizadores.

La existencia o inexistencia de un lucro, sea un espectáculo deportivo o de otra índole, no puede ser –creemos- determinante para imponer o desligar la responsabilidad de resarcir un daño.

La Corte parece realizar considerable hincapié respecto del beneficio económico percibido en el caso Mosca. Así, se resalta en el considerando octavo que *“el club local, como entidad organizadora del espectáculo deportivo por el que obtiene un lucro económico, y que a la vez genera riesgos para los asistentes y terceros, tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes”*.

Hubiera bastado, para el análisis de la responsabilidad civil frente al daño, referir al club en cuanto organizador del espectáculo deportivo, sin hacer mención de la obtención del lucro económico.

Nuevamente la Corte al tratar la responsabilidad de la Asociación de Fútbol Argentino (AFA) demandada, la responsabiliza en cuanto a su calidad de beneficiaria, y dice expresamente que *“si bien se trata de una asociación civil sin fines de lucro, lo cierto es que obtiene un provecho económico del espectáculo al percibir un porcentaje sobre la recaudación bruta de los partidos oficiales de torneos organizados por la A.F.A., como así también sobre el producido de la televisación de esos encuentros”*.

Luego agrega que la A.F.A. tiene un alto grado de intervención en lo que hacen los clubes asociados, que alcanza a la fijación de fechas, horarios, contratos de transmisión televisiva y muchos otros aspectos, además de obtener una ganancia directa

transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

derivada de dichos eventos, todo lo cual permite calificarla como partícipe.

Finalmente, sostiene que la regla que establece la responsabilidad civil de la A.F.A. deriva del control que ella ejerce sobre la organización, la prestación y los beneficios del espectáculo.

En Arregui en cambio, el Tribunal sostiene, para apartarse del precedente Mosca, que *“Los hechos que dan lugar al reclamo de la actora en el presente, en cambio, sucedieron en el marco de un recital gratuito celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la prevención del VIH-SIDA.”*

Las referencias realizadas en el caso Mosca para responsabilizar a la A.F.A., y en sentido contrario, las reiteradas menciones del carácter de asociación sin fines de lucro del organizador del evento en el caso Arregui, no exhiben asidero normativo alguno. Como consecuencia, lo único que aportan es una inefable confusión en el análisis desde la óptica de la responsabilidad civil, o mejor dicho, del derecho de daños tal y como es concebido actualmente. Volveremos sobre ello en la conclusión del presente.

III. El factor de atribución

El factor de atribución de la responsabilidad a considerar en cada caso, se desprende necesariamente de la naturaleza que se otorga a la relación entre asistente y organizador, analizada en el punto anterior. Es por eso que en ambos casos, fue considerado de manera diferenciada. Veamos:

En el caso ‘**Mosca**’: objetivo -deber u obligación de seguridad-.

Al encuadrar los hechos en la relación de consumo, el Alto Tribunal consideró exigible la obligación de seguridad (conf. art. 42 CN), conforme de desarrolló más arriba. De allí que aplique el factor de atribución objetivo que corresponde a las obligaciones de fuente contractual.

En **Arregui**, por su parte, se consideró que la C.H.A. no se obligó a “*prestar seguridad*”.

Se sostuvo que “*la autoridad local no impuso a la Comunidad Homosexual Argentina un deber de seguridad sobre las personas que concurrieron al evento. Las obligaciones que pesaban sobre la asociación, según el acto administrativo de autorización, se vinculaban con el cuidado del espacio público en el cual se desarrolló la campaña...*” (Considerando 6°).

Ello así, como si el dictado del acto administrativo que otorga el permiso del uso del predio, pudiera desligar al organizador de la responsabilidad civil por los daños que se producen en el espectáculo.

La Corte estableció que el precedente “**Mosca**” –que había sido utilizado por la Cámara para atribuir responsabilidad objetiva a la C.H.A.-, no resultaba aplicable, dado que la base fáctica era diferente.

Los factores para realizar la distinción fueron: en primer lugar, en Mosca el evento se hallaba sometido a las reglas de una ley especial, a más de que la entidad organizadora tenía control de ingreso al evento. Aquí en cambio, sucedieron en el marco de un recital **gratuito**, celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la salud pública (prevención del SIDA). En fin, no se hallaba presente ni el fin de lucro, ni el control de acceso al evento –dos de los pilares de los fundamentos de **Mosca** según el entender de la Corte-.

Respecto del carácter gratuito del evento, y la consiguiente ausencia de fin de lucro por parte de la organizadora del evento, nos hemos referido en el punto anterior, donde destacamos que dichas cuestiones son irrelevantes para la determinación de responsabilidad frente al daño.

Otro curioso argumento para separarse del precedente, es el que hace hincapié en los derechos constitucionales de libertad de expresión y reunión. En esencia, la Corte advierte que la

atribución de responsabilidad objetiva tal y como fue diseñada en el precedente Mosca, podría comprometer el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión consagrados en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Creemos que no puede pasarse por alto esta cuestión tan livianamente. Es que aquí se sienta un criterio en el que se sostiene -palabras más palabras menos-, que el deber de seguridad que debe observar el organizador de un evento puede comprometer, -o de algún modo resultar incompatible- con el ejercicio de los derechos constitucionales de libertad de expresión y el derecho de reunión.

Desde la perspectiva del derecho de daños, la afirmación resulta desafortunada. El antecedente se presenta –creemos como un retroceso en el camino que nos guía hace ya muchos años hacia el procurar la reparación integral de la víctima en la mayor cantidad de circunstancias posibles. El repliegue viene disfrazado bajo el fundamento de un potencial perjuicio que podría darse en el derecho de reunión o de libre expresión; sugiriendo que a causa de tener que cumplir con el deber de seguridad de quienes participen, los organizadores no llevarán adelante eventos públicos.

Ahora bien, ¿en qué consiste el derecho a libertad de expresión? El Pacto San José de Costa Rica⁷, en su art. 13 que trata el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, establece que el mismo *comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, y que su ejercicio no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley.* El resaltado es propio.

Por su parte, en el art. 15 reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, disponiendo que *el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley,*

⁷ El Pacto San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, goza de jerarquía constitucional conforme lo establece el art. 75 inc. 22.-

que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

El “incentivo para la organización de eventos públicos y en espacios abiertos por parte de entidades sin fines de lucro”⁸, no puede de ninguna manera constituir una carta libre para la irresponsabilidad para el organizador de un espectáculo o evento público^{9/10}.

Deberá el ordenamiento jurídico encontrar entonces alguna otra solución a dichas contingencias. Pero de ninguna manera puede ser el camino el de dejar al sujeto dañado sin la posibilidad de reparación por las probables consecuencias que puede acarrear una sentencia, que afecta solo al caso concreto¹¹.

- La disidencia

Existe en este pronunciamiento un voto en disidencia del Ministro Lorenzetti, en donde explica que –según su punto de

⁸ La frase, por más que quisiéramos que se tratase de una exageración de quienes escriben, es una cita textual del fallo del Dr. Lorenzetti

⁹ “la libertad de prensa, libertad de expresión e información, no son un derecho absoluto, pero toda limitación debe ser interpretada restrictivamente; la censura previa que se ejerza padece de una presunción de inconstitucionalidad, inclinándose los precedentes del tribunal, en principio, por la aplicación de responsabilidades ulteriores” GALDÓS, Jorge M. en “La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión” Publicado en La Ley 30/11/2017, 1; La Ley 2017-F, 824; RCyS 2018-IV, 17.

¹⁰ “La libertad de expresión y el derecho de reunión, regularmente ejercidos, no son incompatibles con las responsabilidades (subjetivas u objetivas, según los casos) que puedan sobrevenir ulteriormente cuando, en el marco de eventos públicos realizados con tal finalidad, se causen daños a terceros. Repárese en que también ejercen su derecho constitucional de expresarse y de reunirse quienes participan de esos actos, no advirtiéndose razón alguna para que puedan ver minorado su derecho a la reparación en toda su plenitud cuando sufran daños en tales circunstancias” PIZARRO, Ramón D., en “El fallo “Arregui”. Un retroceso en materia de responsabilidad civil” Publicado en: RCyS2018-III, 57 - LA LEY 05/03/2018, 05/03/2018, 7 - LA LEY2018-A, 459

¹¹ “El análisis económico del Derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto” (XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991)

vista- de la imprescindible exigencia de “buena fe contractual”, deriva deber de seguridad.

Sin perjuicio de ello, considera que el factor de atribución sería en este caso subjetivo, requiriendo “*adoptar las medidas razonables para que no se produzca un daño*”. En este sentido, considera que el actor no probó la culpa de la demandada.

Así, se configura una disidencia exclusivamente referida a los fundamentos, y que –creemos- nada aporta, sino que contribuye a desnaturalizar la cuestión -siempre a la luz de los principios que estudiamos en el derecho de daños-. Es que el voto arriba al mismo resultado que el de la mayoría, pero no podemos dejar de destacar que el deber o la obligación de seguridad como factor de atribución de responsabilidad, es de índole objetiva, tanto más si nos hallamos frente a una obligación de resultado¹².

Con ello, creemos que el fundamento propuesto por el Ministro disidente aparece, al menos, desvirtuado desde la perspectiva de las reglas o presupuestos que rigen la responsabilidad civil en nuestro sistema. Es que se exige que la víctima pruebe la culpa del demandado, haciendo funcionar un factor de atribución que se dice es objetivo, como si fuese de base subjetiva¹³.

IV. La responsabilidad estatal por el Poder de Policía

En ambos procesos, el Estado fue demandado en virtud de una imputación de omisión en el ejercicio del Poder de Policía.

¹² MOSSET ITURRASPE, JORGE (Dirección) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (Coordinadora), GHERSI, CARLOS A., STIGLITZ, GABRIEL A., PARELLADA, CARLOS (Coautores), ECHEVESTI, CARLOS A. (Colaborador) “Responsabilidad civil”, Ed Hammurabi, Buenos Aires, 1992 págs.483 y 484

¹³ En circunstancias distintas pero en idéntico sentido, esta desnaturalización ha sido criticada por Carlos A. Echevesti en “Exigencia de la culpa médica para responsabilizar al ente asistencial” publicado en La Ley LA LEY 12/04/2006, 12/04/2006, 1 - LA LEY2006-B, 1201 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2007, 743, al sostener que si se exige la culpa del médico para demostrar la violación de la obligación de seguridad se desnaturaliza el fundamento y se convierte dicha obligación en una regla de imputación subjetiva. Nos remitimos al vasto desarrollo de la cuestión realizado en dicho artículo.

En Mosca fue respecto del Estado Provincial, mientras que en Arregui lo fue respecto del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el Gobierno Nacional.

En **Mosca** se exime de responsabilidad al Estado provincial, comenzando por establecer que la responsabilidad directa basada en la falta de servicio entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. Así, “*no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva*” (Considerando 6°).

La Corte recurre a su doctrina en pronunciamientos anteriores, según la cual la mera existencia de un poder de policía, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación¹⁴.

Continúa diferenciando la responsabilidad basada en acciones y en omisiones, destacando que “*la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar.*” (Considerando 6°).

Concluye que el servicio de seguridad a cargo del Estado no se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros, dado que “*sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger.*”

Para sustentar este razonamiento, tiene en consideración el Tribunal que la policía destinó una cantidad importante de

¹⁴ Fallos: 312:2138; 313:1636; 323: 3599; 325: 1265 y 3023; 326: 608, 1530 y 2706

efectivos y móviles para la custodia de las adyacencias y de determinados lugares dentro del estadio, lo cual torna razonables los medios utilizados para el fin de proveer seguridad.

En cuanto al lazo que une a la víctima con el servicio, se tiene en cuenta que no existió un deber jurídico determinado basado en una obligación preexistente, atento no se dio una relación con el Estado contratado para brindar el servicio en forma específica. Por último, respecto de la previsibilidad del daño, se considera que la policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece.

En el pronunciamiento recaído en **Arregui**, también resulta eximido de responsabilidad el Estado demandado.

Pero aquí, se da una particularidad. La Corte no llega a tratar la cuestión, porque quedó firme la sentencia de Cámara que exime de responsabilidad al ente estatal -tanto local como nacional-, lo que impide examinar su grado de responsabilidad.

El a quo había entendió que si bien el Gobierno de la Ciudad no había anoticiado del evento a la Policía Federal Argentina -por ese entonces responsable principal de la prestación del servicio de seguridad en su ámbito territorial-, resultaba improcedente la atribución de responsabilidad pues no se hallaba probada la relación de causalidad necesaria entre dicha omisión y el daño sufrido por el actor.

Con lo cual en este aspecto, mantiene vigente la doctrina de la CSJN en el fallo Mosca, en cuanto al deber de seguridad del Estado, referido a omisiones genéricas.

V. Conclusión

En los fallos analizados, las circunstancias fácticas fueron consideradas “sustancialmente distintas”¹⁵. Aunque, creemos, no lo han sido tanto, o ello depende cuanto menos del lugar desde donde se las mire.

¹⁵ Del dictamen de la Procuradora en “Arregui”

Existe un consagrado dogma, que sostiene que en su concepción actual, el derecho de daños tiene su mirada puesta en la víctima¹⁶.

Siendo así, tanto **Mosca** como **Arregui**, sufrieron daños en el ámbito de un espectáculo público. Da igual para ellos, que el mismo haya sido organizado con o sin fines de lucro, con o sin control de acceso, enmarcado o no en una relación de consumo. Como incluso se mencionó expresamente en los fallos, toda persona que concurre a un evento organizado por otro, lo hace en la legítima creencia de que no sufrirá daños en su persona o bienes, o lo que es lo mismo, convencido de que el organizador ha tomado las medidas necesarias para evitar su ocurrencia. Eso es el deber de seguridad, que nace del contrato –paritario, de adhesión o de consumo, gratuito u oneroso-. Reiteramos que en el presente, la obligación del organizador es, además, de resultado.

Por ello, si se considera –como sucedió en Mosca- que hubo contrato, en el mismo se halla implícito el deber de indemnidad, no existiendo diferencias entre los onerosos y los gratuitos, insistimos, desde la perspectiva de la víctima. El hecho de haber existido contrato se da más claro aún en Arregui, quien sí concurrió como espectador al evento. Aquí la existencia de una obligación de seguridad pareciera innegable.

Las propias normas citadas –art 1198 del Código entonces vigente y art 42 CN no hacen diferenciaciones. Si bien en **Mosca** el hecho de existir un fin lucrativo fue uno de los fundamentos, asumimos que no fue –o no debió haber sido- el principal o determinante.

La Corte al dictar el pronunciamiento en **Arregui**, desvió su mirada –que debió haber estado puesta en la víctima- hacia las características particulares de la demandada: como en su fallo consignan, una “*entidad compuesta por personas excluidas*”.

¹⁶ MOSSET ITURRASPE, JORGE (Dirección), ob cit, págs. 24 y siguientes en donde se realiza un amplio desarrollo acerca de la concepción actual del Derecho de daños.

Quiso reforzar este desvío en el hecho de que en el presente se hicieron jugar dos derechos constitucionales como lo son el de reunión y el de libre expresión. Esta circunstancia –que no se daba en **Mosca**– inclinó la balanza al momento de decidir. Aunque ello implicó apartarse del punto de vista de la víctima que requiere una reparación por un daño efectivamente sufrido¹⁷.

Es sabido que ante colisiones de derechos, que aparezcan incompatibles, no hay terceras opciones: necesariamente debe darse prioridad a uno de ellos. Pero entendemos que la colisión aquí planteada (derecho de reunión-expresión versus derecho a reparación), surge como meramente aparente. Creemos que ambos derechos no se excluyen entre sí.

Resulta innegable la trascendencia actual del derecho de la víctima a ser resarcida, como derecho de base constitucional. Así lo ha establecido la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sentenciar que *“los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil consagran al principio general establecido en el art. 19 CN que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de reparación tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica”*¹⁸

No desconocemos las opiniones que sostienen el caso “Arregui” no constituye ningún parámetro o precedente que importe modificación alguna del criterio vigente a la fecha, sino

¹⁷ “Estamos asistiendo a una curiosa involución en la temática del derecho a la reparación desde la perspectiva constitucional (...) Se invoca la Constitución para generar una categoría de dañadores privilegiados (y de víctimas libradas al infortunio de haber sido dañadas por éstos), lo que sucede con los medios de prensa y con la responsabilidad del Estado” PIZARRO, Ramón D., en “El fallo “Arregui”. Un retroceso en materia de responsabilidad civil” Publicado en: RCyS2018-III, 57 - LA LEY 05/03/2018, 05/03/2018, 7 - LA LEY2018-A, 459

¹⁸ “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina” (Fallos: 308:1118); “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” (Fallos: 327:3753)

un pedido de precisión en el campo de los espectáculos públicos y gratuitos, que a la fecha no ha visto la luz.¹⁹

Sin embargo, entendemos que el pronunciamiento ha sentado criterios sumamente retrógrados y restrictivos, en tanto hace una diferenciación injustificada respecto de víctimas de daños en espectáculos públicos gratuitos u onerosos, con o sin control de acceso, etc., en fin, diferencias que -creemos- no conmueven el principio de reparación del daño y no ameritan un tratamiento diferenciado. Menos aún justifica semejante inconsistencia la supuesta y potencial amenaza o vulneración del derecho de reunión y/o expresión, interpretada de manera llamativamente equívoca por la Corte, tal como se desarrolló anteriormente.

En conclusión, estamos convencidos que lo arbitrario consiste en diferenciar víctimas bajo fundamentos que, en el derecho de daños contemporáneo, no pueden sensatamente sostenerse.

¹⁹ En este sentido ha sido sostenido por Federico M Álvarez Larrondo, en "Daños en espectáculos públicos. El caso "Arregui" no hay resuelto sobre el deber de seguridad" publicado en LA LEY 2018-C, 235, con fundamento en que la CSJN deja sin efecto la sentencia de Cámara, ordenando dictar un nuevo fallo, conforme los parámetros que allí determina. De allí el autor sostiene que este precedente no constituye una decisión sobre el deber de seguridad en espectáculos públicos, sino una ajustada derogación del fallo de Cámara, por considerar que sus argumentos resultan "arbitrarios".

¿Inflando el “Glovo”? : Un análisis sobre los nuevos mecanismos de delivery y su abordaje en la jurisprudencia reciente

Inflating the “Glove”? : An analysis on the new mechanisms of delivery and its treatment in the recent jurisprudence

¿En gonflant le “Glovo”? Une analyse des nouveaux mécanismes de délivrance et de son approche dans la jurisprudence récente

¿Inflando o “Glovo”? : Uma análise sobre os novos mecanismos de entrega e sua abordagem na jurisprudência recente

*Lucio A. Vallefin*¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 403-426

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e229>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1330-5367>

Recibido: 15/06/2018

Recibido con modificaciones: 8/09/2018

Aprobado: 12/11/2018

Resumen: El siguiente trabajo tiene como finalidad realizar un breve análisis sobre la recepción que ha tenido el fenómeno empresarial llamado “Economía colaborativa” dentro del marco del Derecho del Trabajo. Para tal fin, se tomará como objeto de estudio a una de las empresas de este tipo con mayor inserción en el rubro del envío a domicilio de productos en nuestro país, la española Glovo, analizando la situación en la que se enmarca la relación que llevan adelante con quienes realizan sus envíos (Glovers) a la luz de la jurisprudencia reciente.

¹ Abogado (UNLP). Becario en Centro de Investigación de Derecho Crítico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (en trámite de aprobación formal). UNLP. Colaborador en Cátedra III de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP

Palabras clave: Glovo - Economía colaborativa - Derecho laboral - Jurisprudencia.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo fazer uma breve análise sobre a recepção que o fenômeno empresarial denominado “Economia Colaborativa” teve no âmbito do Direito do Trabalho. Para tanto, será tomada como objeto de estudo uma das empresas desse tipo com maior inserção na categoria de entrega em domicílio de produtos em nosso país, a empresa espanhola Glovo, analisando a situação na que se enquadra a relação que levam adiante com aqueles que fazem suas entregas (Glovers), à luz da jurisprudência recente.

Palavras-chave: Glovo - Economía colaborativa - Direito do trabalho - Jurisprudência

Abstract: The following work has the purpose of making a brief analysis about the reception that the business phenomenon called “Collaborative Economy” has had within the framework of the Labor Law. For this purpose, one of the companies of this type with greater insertion in the area of product delivery in our country, the Spanish company Glovo, will be taken as our object of study, analyzing the situation in which their relationship with those who make their deliveries (Glovers) is framed, in light of the recent jurisprudence.

Key words: Glovo. Collaborative economy. Labor Law. Jurisprudence.

Résumé: L’objectif de ce travail est la réalisation d’un bref analyse sur la perception du phénomène entrepreneurial appelé “économie collaborative” dans le droit du travail. Dans ce but, on prendra comme objet de notre analyse l’une des entreprises de ce type ayant la plus grande insertion dans la catégorie de livraison à domicile de produits dans notre pays, l’espagnole “Glovo”, en analysant la situation dans laquelle s’encadre la relation qu’elles entretiennent avec ceux qui font leurs livraisons (Glovers) à la lumière de la jurisprudence récente.

Mots-cles: Glovo, économie collaborative, droit du travail, jurisprudence.

I. Introducción

Recientemente se ha podido ver en Argentina, especialmente en grandes núcleos urbanos como Rosario, La Plata y

Capital Federal, el desarrollo y crecimiento de diversos sistemas de entrega de productos a domicilio por medio de aplicaciones para smartphones (teléfonos con acceso a internet). A la que podría considerarse como pionera de esta modalidad en el país, la uruguaya *PedidosYa*, se han sumado recientemente otras, entre las que puede destacarse, por su repentino crecimiento en el país, a la española *Glovo*.

Esta última, a la cual se presenta como una aplicación (app) que te permite pedir “los mejores productos en tu ciudad”, es una empresa fundada en el año 2015 en Barcelona, España, que basa su sistema de envíos en la posibilidad de solicitar productos, por medio de una aplicación para celulares, con un amplio margen de elección en cuanto a lo solicitado (estableciéndose solamente un límite en cuanto al tamaño y peso del producto y la imposibilidad de transportar animales). La nota distintiva entre el servicio ofrecido por esta app y similares (siendo *Rappi* la más reconocida, por su amplia actividad en Capital Federal) y el ya mencionado *PedidosYa*, quien anteriormente operaba en esos mismos términos, es la relación que establecen con la persona que se encarga de realizar el pedido, siendo en este último reconocida como una relación de trabajo (con sus propias regulaciones), mientras que en el resto, se ha denominado a esta figura bajo el rótulo de “colaboradores”, lo cual ha generado diversas polémicas que van a ser abordadas en el presente trabajo.

Glovo opera desde una lógica de negocios y actividad empresarial con un origen muy reciente, conocida como “economía colaborativa”, este concepto todavía no ha tenido un gran desarrollo teórico en nuestro país, pero se puede apreciar un creciente impacto del mismo en las transformaciones del mercado de trabajo. La realidad es que este concepto está en desarrollo y es esencialmente una estrategia discursiva, la cual vive en constante tensión con fenómenos del ámbito laboral como lo son la tercerización y el fraude. El objetivo de los siguientes apartados es explorar estas ideas y ver cómo las mismas han sido receptadas por la jurisprudencia y la normativa, para lo cual va acudir tanto a resoluciones referentes a la misma *Glovo*,

como a otros emprendimientos, tanto del mismo rubro, como de otros que utilicen mecánicas tecnológicas similares (siendo el caso más relevante el de *Uber*).

II. ¿Qué es la economía colaborativa? Visiones comparadas sobre la actividad desarrollada por Glovo

Para abordar el concepto de “economía colaborativa”, en primer lugar, hay que tener en cuenta que el mismo no es definible con total consenso, ya que, más allá de ser un objeto de estudio teórico, resulta una construcción que busca englobar variedad de fenómenos y actividades que no tienen mayor conexión que la modalidad en la que se comercializan y distribuyen. Por lo dicho, como señala Pacheco Jimenez, antes de abordar este objeto de estudio, es necesario partir de la premisa de la Web 2.0., la cual supone una reestructuración en la forma en la que opera la comunicación e interacción por internet.

La Web 2.0. se entiende como una “*tendencia basada el desarrollo de diversas aplicaciones en Internet, posibilitando la interacción con el resto de los usuarios y aportando contenido actualizado*”², entendiéndose como una superación a la idea original de Web 1.0., la cual operaba con el usuario como un sujeto pasivo, únicamente receptor de información. A partir de esta noción, es que surgen los denominados Negocios 2.0. (también llamados negocios vía web u online), los cuales aprovechan esta faceta de intercomunicación para realizar transacciones y operaciones comerciales sin tener que mediar en un ámbito físico, lo cual permite a su vez ajustarse a diversidad de operadores (desde el mercado financiero hasta los pequeños consumidores).

Dentro de esta idea es que opera la ya mencionada “Economía colaborativa”, la cual puede definirse, según la investigadora

² PACHECO JIMÉNEZ, MARÍA NIEVES. La Web 2.0 como instrumento esencial en la economía colaborativa: Auge de negocios de dudosa legalidad. Publicado en Revista CESCO de Derechos de Consumo N°17/2016 - Universidad de Castilla y La Mancha, España

previamente citada, como *“aquella manera de compartir o intercambiar tanto bienes tangibles como intangibles (tiempo, espacio, hobbies) a través de la tecnología moderna y las comunidades sociales”*. Esta noción, extremadamente amplia en un primer acercamiento, puede delimitarse al entender que no toda actividad comercial realizada en la Web 2.0. es Economía colaborativa, sino que estas actividades requieren necesariamente del uso de una plataforma con acceso a internet (en la práctica, esencialmente, aplicaciones para celular) para poder concretarse o materializarse a la realidad, funcionando la misma como organizador y habilitador, lo cual marca la diferencia con un comercio on line - el cual, en caso de no tener esa plataforma, puede seguir operando en un ámbito físico, siendo la web una simple herramienta -.

En este trabajo se abordará un modelo de economía colaborativa basado en la intervención de terceros que se encargan de la realización de los servicios ofrecidos por la empresa, sin formar parte formalmente de su estructura. Este fenómeno no ha tenido una denominación clara, siendo llamado por algunos, entre otros nombres, “Gig economy” (economía de los trabajos temporales) y por otros “Trabajo en economía de plataformas” (término acuñado por la OIT). Esta imprecisión se debe, fundamentalmente, al conflicto que estas actividades tienen con respecto a la estructura tradicional del mercado de trabajo, generando, en conjunto con otros factores, una reciente preocupación sobre la dirección del futuro del mismo reconocida por actores de gran relevancia -entre los que destaca la Organización Internacional del Trabajo (OIT, ILO en inglés)-, a la vez que una gran promoción de la misma por múltiples empresas, quienes la están empezando a ver como una forma de reducir costos e impulsar sus proyectos dentro del mercado³.

³ Uno de los ejemplos más cuestionados ha sido el proyecto Amazon Flex, en el cual la empresa de mensajería Amazon utiliza a repartidores externos, siendo recientemente investigada como fraudulenta por el Ministerio de Trabajo de España. Vease: <http://www.ticbeat.com/empresa-b2b/trabajo-investiga-amazon-reparto-paquetes-particulares/>

Finalmente, tras este contexto, es que se puede señalar, dentro de este tipo de trabajos una distinción entre las mecánicas de las empresas que los utilizan, centrada esencialmente en el servicio que ofrecen. Por un lado, se encuentran aquellas que ofrecen un servicio directo a quien consume, entre las que se destaca Uber, empresa que ofrece transporte por conductores que se encuentran logueados en su sistema web (sin formar parte de la empresa nominalmente), los cuales aportan sus propios vehículos para realizar la actividad. Por otro, se pueden señalar múltiples empresas que ofrecen a otras la tercerización⁴ de un servicio, entre las que destacan las que realizan recados, esencialmente en la modalidad delivery (envío de productos puerta a puerta), receptando los pedidos de los clientes y habilitando a terceros a operar a su nombre para realizar el reparto, dentro de estas últimas se encuentra la que va a ser nuestro objeto de estudio, Glovo.

Ya establecido el concepto, hay que dejar en claro que la economía colaborativa, como todo implemento tecnológico, no supone una práctica negativa de por sí, sino una herramienta, es así que se ha destacado incluso a la misma como un proyecto superador al propio sistema capitalista tradicional destacándose, *“su carácter participativo, basado en las auténticas necesidades de los individuos y en la capacidad de acceso de éstos al nuevo sistema global de consumo, en oposición a la premisa de acumulación de bienes como un fin en sí mismo”*⁵ y su utilidad frente a momentos de crisis económica (especialmente tras la de 2008), señalando Doménech Pascual⁶ que *“el deterioro de las*

⁴ Según Lozano y Casiraghi, se entiende por Tercerización a la *“tendencia empresarial y productiva a realizar parte de sus actividades a través de otras unidades más o menos independientes. Comprende todos los fenómenos de organización del trabajo en los cuales la empresa recurre a trabajadores, real o ficticiamente externos”*. LOZANO, MARÍA PAULA; CASIRAGHI, FEDERICO. Tercerización, precarización y solidaridad en las relaciones laborales. La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/1477/2013

⁵ LO BOSCO, LUCIANA MARINA. El paradigma del consumo colaborativo y sus implicancias en las prácticas turísticas. Monografía de graduación presentada en marzo de 2017. Universidad Nacional de Mar del Plata. Disponible en: <http://nulan.mdp.edu.ar/2729/1/lobosco-2017.pdf>

⁶ DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL. La regulación de la economía colaborativa (El caso Uber contra Taxi). REVISTA CEFLEGAL. CEF, núms. 175-176 (agosto-septiembre 2015) – Pag. 67

condiciones económicas en la mayoría de los países occidentales y las estrecheces resultantes han servido de potente estímulo para que mucha gente invente, desarrolle, ponga en marcha o participe en actividades de economía colaborativa”. Pero, como toda herramienta, puede ser usada con otros fines, entre los que destaca la flexibilización laboral⁷, para la cual resulta ideal, según Vallecillo Gámez⁸ por tres factores: la división del trabajo en tareas independientes de corta duración (evitando creación de vínculos estables, a la vez que atrae a un público que busca actividades que no le exijan un tiempo excesivo de trabajo), la externalización del servicio a través de trabajadores/as “autónomos” (con lo que puede garantizarse una reducción de los costes y riesgos económicos), y el ahorro en tiempo y costes que supone para la ciudadanía, a lo cual se podría sumar un cuarto elemento, abordado por Verdolini⁹, el cual es la reducción de costes fiscales a causa de su difuminado margen de operaciones, el cual implica inserción en múltiples mercados y financiamientos que no dejan en claro en qué territorio se debe tributar.

En base a lo previamente dicho, se puede ver como Glovo resulta un gran ejemplo en cuanto a estos usos de la economía colaborativa. Oscar Pierre, joven empresario de 25 años, logró el despegue de su empresa incipiente (como se las denomina en la jerga empresarial, Start-Up) por medio de la vinculación con diversos grupos de captación de fondos y operadoras de capital de riesgo¹⁰, con los cuales ha podido tener acceso a

⁷ El concepto es definido por Zamboni como “(...) la parte de la política conservadora que tiene como objetivo la derogación máxima posible de la legislación que en su conjunto se conoce como Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. ZAMBONI, HORACIO - Flexibilidad laboral, desandar la historia. Cuadernos del Sur N° 15 Abril 1993.

⁸ VALLECILLO GÁMEZ, MARÍA ROSA. Economía colaborativa y laboralidad: Los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad. Propuesta para Conversación 3 sobre El futuro del trabajo organizada por OIT - Universidad de Jaén.

⁹ VERDOLINI, VALERIA S. Multinationales en forma de app: ¿Innovación o evasión?. REDEA Revista Derechos en Acción, Año 2 N° 3, Otoño 2017

¹⁰ Se pueden destacar, entre otros, a Seaya Ventures y The Crowd Angel. Más información en: https://retina.elpais.com/retina/2017/12/19/innovacion/1513692348_055977.html y <http://blog.thecrowdangel.com/blog/casos-de-exito-de-the-crowd-angel-glovo/>

múltiples cadenas de restaurantes, locales de comida rápida, etc (a los cuales denomina partners), logrando una financiación de trescientos millones de euros en mayo¹¹, los cuales se tradujeron en Argentina a sesenta mil pedidos por mes¹². El éxito de la empresa ha sido atribuido por Pierre¹³ a la aplicación de prácticas flexibilizadoras como estrategia de negocios, es decir, dinámicas que funcionan con una regulación muy laxa, permitiéndoles introducirse en múltiples economías.

Tras sostener ese uso de la flexibilidad, en la misma entrevista se le preguntó si entiende a las relaciones que tiene la empresa con sus “Glovers” (terceros que se registran en la aplicación y proceden a realizar los envíos) como explotación, a lo que respondió *“Te cuento qué es un Glover: mensajero con vehículo propio y smartphone, autónomo validado, una aplicación que se descargan [dos euros] y a la que se conectan cuando quieran para aceptar los pedidos que elijan. Nosotros arbitramos lo mínimo, nos limitamos a garantizar que los pedidos se hagan bien [control de calidad], lo mismo que arbitramos el market place y el usuario”*. Esta posición, que presenta a los mismos como terceros ajenos a la empresa encuentra una gran tensión incluso en las mismas palabras de su director, el cual luego señaló que *“Para esta empresa, el glover es la pata más importante: si no hay mensajeros todo se cae”*. Esta incertidumbre en la situación de las personas que trabajan allí ha hecho que, a pesar de no ser percibido inicialmente, debido a lo incipiente de la práctica, este modelo de vinculación con las trabajadoras/es resulte cada vez más cuestionado, derivando en múltiples acciones sociales y políticas con un gran crecimiento impulsado, por un lado, en las primeras acciones judiciales españolas, y, por otro, en la fuerte inserción de estas modalidades en Latinoamérica.

¹¹ En línea en: <https://marketing4ecommerce.net/glovo-ronda-financiacion-expansion-internacional/>

¹² En línea en: <https://pulsosocial.com/2018/05/02/glovo-llega-casi-al-millon-de-pedidos-en-todos-sus-mercados-y-se-afianza-en-argentina/>

¹³ En línea en: <http://www.expansion.com/fueradeserie/personajes/2018/07/10/5b3b583822601d9d538b463f.html>

Según un Informe del Banco Interamericano de Desarrollo¹⁴, Argentina, Brasil y México son los países con mayor número de iniciativas, detectando 107 startups de este tipo en la región. Esta inserción (en el caso argentino) es atribuida, según Carlos Correa, líder regional de comunicación de Rappi, al gran desarrollo de la cultura del delivery y a una *“coyuntura política mucho más adecuada para la inversión extranjera”*¹⁵, a lo cual Matías Gath, el responsable nacional de Glovo agrega que *“La gente está acostumbrada a enviar a otra persona a hacer mandados. Es el famoso ‘che, pibe’ que se encarga de distintos trámites”*. De los dichos antes citados puede extraerse una idea clara: La llegada al país de empresas como Glovo es producto de una flexibilización en las políticas de empleo, apoyada por una apertura económica hacia los inversores extranjeros, implicando una mayor tolerancia a figuras laborales impropias. Lo dicho puede verse en las reiteradas denuncias de incumplimiento normativo que este tipo de actividades ha recibido por actores como la CGT o ASIMM¹⁶, considerando que este modelo de “colaboradores autónomos” configura un caso de Fraude a la ley previsto por el artículo 14 de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744)¹⁷, la cual oculta una relación laboral, impidiendo la aplicación de la normativa vigente en materia de trabajadores/as de mensajería (el Convenio Colectivo 722/15 y la Resolución CNC 604/2011, que crea el Subregistro de Prestadores de Servicios de Mensajería de la ENACOM, entre otras). Esta situación en la que se encuentran quienes desempeñan la actividad supone a su vez una manera de eludir responsabilidades laborales,

¹⁴ Economía Colaborativa en América Latina. Informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

¹⁵ <https://www.lanacion.com.ar/2118668-economia-colaborativa-la-revolucion-digital-llega-a-los-cadetes>

¹⁶ Asociación Sindical de Motoristas y Mensajeros. <http://www.asimm.org.ar/?p=2862>

¹⁷ Art. 14. — Nulidad por fraude laboral. Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley.

tanto en lo que respecta los Accidentes de Trabajo (ya que al figurar como autónomas, las personas que operan en estos espacios no se encuentran incluidas en el régimen de la ley 24.557), como las derivadas de otros incumplimientos, caso de las indemnizaciones previstas por despido sin causa, resultando esto en un beneficio no solo para la empresa en cuestión, sino para aquellas que tercerizan su actividad, evitando responder en caso pretender una extensión solidaria a las mismas, debido al no reconocimiento de la relación inicial.

Frente a esta situación, hay que considerar que el derecho, como técnica que utiliza el orden social para motivar o evitar conductas¹⁸, puede ser una gran herramienta para evitar usos injustos de estos sistemas, más se enfrenta a grandes dificultades, ya que la realidad en la que incide está en constante transformación, adoptando modalidades, como la mencionada, que buscan evitar la eficacia de las normas por medio de supuestos dudosos, promoviendo la idea de su invalidez por no corresponderse a la realidad.

Es así que, en estos casos grises, resulta positivo analizar las formas en las que la jurisprudencia reciente aborda la problemática, entendiendo que el derecho no se limita simplemente a un entendimiento de las formas jurídicas, sino que pone en juego las construcciones sociales incorporadas por sus actores, quienes inciden, a su vez, en la formación de la realidad (lo que, en términos de Bourdieu constituye una interacción entre *habitus* y *campo*). Por lo dicho, es que en los próximos apartados se analizarán las soluciones que la jurisprudencia ha dado a casos que involucran la economía colaborativa, entendiendo cómo se armonizan o no sus sentencias con los conceptos propios del Derecho Laboral, entendiendo como esas sentencias marcan futuros estándares a la hora de regular legalmente estas actividades.

¹⁸ Kelsen, Hans. Teoría general de derecho y del estado. Ed. Universidad autónoma de México, 1979

III. ¿Ser “Glover” es trabajar? La relación de dependencia como elemento velado

En materia jurisprudencial, el abordaje de la economía colaborativa es muy incipiente, centrándose los principales pronunciamientos en nuestro país en la misma pertinencia del fenómeno, siendo el caso más renombrado el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *«Uber y otros s/ incidente de recurso extraordinario»* del 14 de agosto de 2018, en el cual se desestimó (por motivos procesales) un recurso de queja del Sindicato de Peones de Taxi frente a una sentencia que declaraba a la actividad de Uber como lícita. Ante estas reducidas respuestas, aun teniendo en cuenta la no obligatoriedad de remitirse a la jurisprudencia como fuente del derecho en nuestra legislación, es que resulta útil observar el abordaje que ha tenido la cuestión en la jurisprudencia de otros países, siempre teniendo el recaudo de entender que lo que las mismas resuelven va a estar influido por las situaciones que prevén sus propias legislaciones y dejando presente que aún no hubo sentencias dictadas por Tribunales Supremos, encontrándose la mayoría en situación recursiva.

Con el fin de hacer precisiones de índole general, antes de abordar los casos que hacen a este trabajo, y siguiendo con la situación de Uber, considero oportuno hacer una breve síntesis del que es uno de los primeros pronunciamientos en la materia, el cual marcó las principales líneas a tener en cuenta para considerar el carácter laboral de estas actividades, el fallo *«Y. Aslam y J. Farrar v. Uber BV, Uber London LTD y Uber Briannia Ltd – case n. 2202551/2015 & Others»* del Employment Tribunals de Londres, Reino Unido. En el caso en cuestión, se exigió que se considera a la relación como un contrato de trabajo, garantizando su protección en el marco legal vigente, situación que la empresa niega alegando que no ofrece servicio de transporte, sino que su función es la de contactar a colaboradores independientes y establecer una serie de pautas mínimas de seguridad. Este planteo resulta rechazado por el tribunal, quien considera

que la actividad que realiza la empresa Uber LL supone una relación de dependencia, para lo que tiene en cuenta diversos hechos y documentación cuya información puede sintetizarse, según lo señalan Doria y Tosca¹⁹, en los siguientes puntos: Incorporación a una organización ajena (la plataforma establece las solicitudes a cumplir y los mecanismos básicos para desempeñar la actividad), dependencia económica (en cuanto significa sustento) y control a la persona que trabaja (por medio de un sistema de puntajes, del cual deriva la cuantía del pago que se realiza y la continuidad misma de la relación). A este aspecto, se pueden incorporar otros que resultan relevantes, como lo es la misma calificación de la empresa, la cual alegó ser “una empresa de tecnología”, algo que fue desestimado con fundamento en el precedente «Douglas O'Connor v. Uber Technologies Inc.» (11/3/2015), de la Corte de Carolina del Norte, Estados Unidos, considerando que la misma, más allá de la plataforma que usa, lo que ofrece es un servicio de transporte de pasajeros²⁰.

Teniendo en claro estos primeros aspectos, y abordando concretamente la aplicación de la economía colaborativa en el “Delivery” o recadeo, la jurisprudencia más relevante a estos fines, tanto por la cercanía idiomática como por la de su espíritu normativo para con el de las leyes laborales argentinas, es la española, en la cual puede destacarse dos casos muy recientes: «Sentencia 244/2018 del Juzgado de lo Social N° 6 de Valencia», fechada el día primero de junio de 2018, la cual condenó a la empresa Rappi (empresa inglesa que actúa como competidora directa de Glovo en España, operando en rubros y bajo condiciones de contratación muy similares) por un despido, considerando que medió relación laboral, y «Sentencia 284/2018

¹⁹ DORIA, LUCIANO; TOSCA, DIEGO. Alguna aproximación al fenómeno “UBER” y las relaciones laborales. Revista La Causa Laboral N° 68, agosto de 2017

²⁰ Este punto y otros considerandos son reseñados en la siguiente nota: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/12/18/fallos-internacionales-que-marcan-caminos-el-caso-aslam-v-uber-b-v-y-los-derechos-laborales-de-los-choferes-de-uber/>. PÉREZ DEL VISO, ADELA. Cita online: MJ-DOC-10586-AR | MJD10586

del Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid», con fecha del tres de septiembre de 2018, la cual desestimó la demanda por despido hacia la empresa Glovo, considerando que la contratación realizada no suponía un contrato de trabajo.

La primera sentencia mencionada, la cual responde a la demanda de despido interpuesta por José Enrique frente a ROO-FOODS SPAIN S.L.U. (propietarios de la empresa Deliveroo), debiendo resolver primero una excepción de incompetencia impuesta por esta última al considerar que el contrato que celebró con la parte actora no es uno de tipo laboral, sino de prestación de servicios (operando en principio bajo las leyes comerciales y por lo tanto debiendo litigarse en un juzgado de esa materia). Esta primera pretensión es desestimada considerando que en el caso se dan tres puntos que serían esenciales para configurar una relación de trabajo (en base a un análisis del artículo uno del Estatuto de los Trabajadores, principal norma laboral de España), siendo estos la voluntariedad e infungibilidad de la prestación; la ajenidad al momento de realizar los servicios, percibir las ganancias y soportar las pérdidas; y la pertenencia a un ámbito de dirección y organización de otra persona (dependencia). Esta afirmación se logró en base a considerar variedad de elementos que, sin probar manifestaciones tradicionales de estos fenómenos, pueden asimilarse claramente a los mismos si se libran de su ropaje jurídico (en función del denominado “Principio de la primacía de la Realidad”). A lo dicho, y teniendo en cuenta que estos elementos se encuentran presentes en la concepción del Contrato de Trabajo que opera en la Ley de Contrato de Trabajo argentina (ley 20.744), se procederá a analizar su probanza a la luz de las construcciones doctrinarias sobre los mismos.

En primer lugar, la nota de voluntariedad encuentra su fundamento en el mismo hecho de la celebración del contrato por las partes. Este momento del contrato de trabajo ha sido considerado por la doctrina como uno de los pocos en los que opera plenamente la autonomía de la voluntad (elemento propio de toda contratación en el que las partes operan de acuerdo a la

libertad de contratación para fijar las condiciones que van a regir la relación), siendo que la mayor parte del mismo encuentra su delimitación y regulación en el denominado “orden público laboral²¹”

En lo que respecta la dependencia, se probó que la demandada fijaba instrucciones y condiciones unilaterales al momento de llevar adelante la actividad, esencialmente, las de descargar la aplicación, operar en la zona delimitada por el sistema, cumplir las tareas dentro de las franjas horarias establecidas, comenzar el turno en el lugar fijado por la empresa y encontrarse geolocalizado al momento de realizar los repartos.

Finalmente, en lo que depara a la ajenidad, se probó que, a pesar de aportar sus propios elementos para desempeñarse (bicicleta, smartphone), la organización de la actividad empresarial se centraba en una plataforma externa al mismo, la aplicación Deliveroo, desde la cual se fijan, además de las condiciones de la actividad, la propia cuantía de la remuneración obtenida, la cual debía ser abonada a los clientes directamente desde la plataforma para luego ser esta misma quien elabore la factura del percibido por la parte actora. Además, se establecía la imposibilidad de rechazar pedidos ya aceptados, con excepción de encontrar a otro trabajador/a que se dispusiera a aceptarlos.

Ante todo lo dicho, y sin que la demandada pudiera desandar las afirmaciones anteriores, el tribunal consideró que la relación era de carácter laboral, receptando por lo tanto que las comunicaciones en las que la parte actora se consideró injuriada y despedida, permitían comprender a la extinción de la relación como un despido indirecto, a lo que procedió a rechazar la excepción de incompetencia y condenar a la demandada a readmitir al trabajador o indemnizar lo daños que le generó esta situación.

²¹ Defínase como “*el conjunto de normas imperativas que se imponen a la voluntad de las partes, en tanto éstas no establezcan condiciones más favorables al trabajador*”. FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Tomo I. Ed. La Ley, 2007. Pag. 590

IV. El triunfo de la forma: Divergencias en la apreciación judicial de la relación

Como se señaló previamente, el abordaje de esta cuestión es muy incipiente e implica analizar fenómenos cuyas implicancias se alteran fuertemente según el punto de vista que se adopte, por lo mismo, no es extraño que un par de meses después de dictarse la sentencia anterior, específicamente en fecha 3 de septiembre, otro tribunal español, el Juzgado de los Social N° 39 de Madrid, haya dictado una sentencia que tuviera gran divergencia apreciativa sobre hechos muy similares a la anterior, llevando a desestimar una demanda por despido indirecto formulada por un antiguo Glover hacia la empresa en la que se desempeñaba. Frente a esta situación, procederemos a contrastar lo resuelto en este caso con respecto a lo que se apreció en el anterior.

En este caso, se puede señalar en primer lugar que la desestimación de la demanda tuvo fundamentos que exceden a la mera consideración de la actividad como una prestación de servicios, ya que la forma en la que se desarrolló en intercambio telegráfico previo generó conflictos al momento de apreciar las fechas de los hechos alegados, lo cual afectó fuertemente la consideración de los mismos. No obstante lo dicho, el punto interesante en esta jurisprudencia se encuentra al momento de considerar la naturaleza del contrato celebrado, al que la jueza en cuestión le atribuye el carácter de una prestación de servicios, como alegaba la parte demandada (Glovo), resultando relevante su apreciación ya que, a pesar de resolver desfavorablemente, la misma no discute que este tipo de casos deben resolverse en función del Principio de Primacía de la realidad.

En primer lugar, debido a que van a ser las bases en las que se apoye la sentencia, hay que tener en cuenta que la noción que se utiliza en este caso para considerar los conceptos de dependencia y ajenidad se apoya en ideas muy tradicionales sobre estos, con un corte arraigado a la actividad fabril, estableciendo desde un principio que los indicios que distingue para

caracterizarlos son para el primer caso: la asistencia al centro de trabajo del empleador, el sometimiento a un horario y la inserción del trabajador en una estructura ajena (con la consiguiente ausencia de organización empresarial propia), y para el segundo: La puesta a disposición de los productos realizados, la adopción por el empresario de las decisiones propias del mercado (como la fijación de precios), el carácter periódico de la remuneración y la adopción de un criterio de proporcionalidad entre salario y cantidad de actividad realizada.

Ya abordando concretamente lo dispuesto en el fallo, lo primero a tener presente es que, según se sostiene, la única nota de las mencionadas para configurar un contrato de trabajo según el artículo 1 del Estatuto, es la de la voluntariedad, la cual es propia de todo tipo de contrato. Establecido esto, debe tenerse presente que, el principal argumento que se utiliza para cuestionar la presencia de dependencia y ajenidad está vinculado a que el contrato de prestación de servicios celebrado fue hecho bajo la modalidad TRADE²² (Trabajador Autónomo Dependiente Económicamente), una figura incorporada por la ley española 20/2007, denominada comúnmente “Estatuto del Trabajador Autónomo”, que implica la posibilidad de que una persona que a nivel formal figure como autónomo, en la práctica realice actividades y apoye la mayoría de su sustento en otra persona, con la que supuestamente operaría en igualdad de condiciones. La jueza se apoya fuertemente en el contenido que figura en estos contratos, los cuales estipulan que: el repartidor es el que organiza su trabajo, que responde por los daños ocasionados durante el transporte, que su retribución depende de la cantidad de recados realizados, que la realización de los trabajos se realiza bajo las pautas del propio cliente (operando Glovo sólo como un intermediador que pone a disposición estos trabajos),

²² La ley 20/2007 los define en su artículo 11, inciso 1 como “(...) aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

las principales herramientas de trabajo son proporcionadas por el trabajador/a y el pago será el establecido en las tarifas adjuntadas por Glovo, quien elaborará factura por plazos de 15 días.

Al considerar que no hay prueba presentada que desvirtúe los dichos de esos contratos (habiéndose desestimado un testimonio de otro ex trabajador en conflicto con la empresa), se procede a verificar si la situación que describen puede configurar una relación laboral. A lo dicho, se pone en consideración que el trabajador no tenía jornada ni horario, elegía en que franja horaria trabajar, elegía con libertad que pedidos hacer (pudiendo cancelarlos en medio del mismo sin recibir penalizaciones), que ruta tomar para llegar a destino y que las instrucciones sobre el pedido eran establecidas por el consumidor destinatario. Ante lo dicho, el tribunal sostiene que “Ninguna de estas características son predicables en una relación laboral ordinaria, donde el trabajador está sujeto a una jornada y horario, debe realizar las actividades encomendadas sin poder elegir cuáles hacer y cuáles no, debe seguir el método de trabajo impuesto por la empresa (...)”.

De lo dicho ya se pueden avizorar grandes divergencias en cuanto a la forma de abordar hechos similares, ya que, a pesar de haber diferencias entre las prácticas de ambas empresas (por ejemplo, la posibilidad de rechazar pedidos en medio de su realización, la cual cuenta con muchas más facilidades en Glovo), hay situaciones que se reconocen en ambos casos y que son asumidas sin cuestionamiento en esta sentencia, como lo es la delimitación de franjas horarias y destinos/pedidos realizada por la empresa a través de la aplicación de teléfono, lo cual acota la libertad de operación que se propugna - el fallo sostiene que el régimen TRADE permite proporcionar “ciertas indicaciones técnicas”, lo cual, en este caso, puede cuestionarse, ya que, sin esta estructura no podría realizarse la actividad-. Por otro lado, resulta discutible sostener como una señal de independencia el hecho de que sean los clientes quienes dispongan el pedido, ya que eso pondría en cuestionamiento la laboralidad de cualquier actividad de envío a domicilio de productos.

Posteriormente, la sentencia procede a analizar la existencia del poder disciplinario de la empleadora, sosteniendo que, al poseer mecanismos muy acotados, se ratifica la capacidad autoorganizativa del trabajador. Menciona esencialmente dos aspectos: La posibilidad de desistimiento del contrato en caso de no realizar actividad (la cual, como se señala, es una característica propia de cualquier contrato) y un sistema de puntuación, al cual no valora de esa forma, ya que considera que no implica situaciones sancionatorias, sino una escala preferencial al momento de acceder a pedidos (mayor cantidad disponible al tener más puntos), lo cual no sería discutido, sosteniendo que “premiar a unos trabajadores por la superior calidad o cantidad del trabajo no equivale a castigar a los demás”. Sostener este punto de vista implica naturalizar un sistema que claramente establece una superioridad de la empresa con respecto a los trabajadores/as, habilitando a que administre la accesibilidad al empleo de los mismos, lo cual se ratifica al ver que estos puntajes pueden ser incluso rebajados por la empresa al no presentarse a una franja horaria previamente reservada, no resultando relevante la posibilidad de apelar o justificar la sanción, ya que esto también es una posibilidad contemplada en las leyes laborales (como se puede atestiguar en la regulación de las facultades disciplinarias del empleador que se encuentran en el artículo 67 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina y 58 del Estatuto de los Trabajadores español).

Un último aspecto a considerar es lo que refiere a la percepción del salario, ya que la sentencia sostiene que en un régimen TRADE se está facultado para “señalar el precio de los servicios” - aspecto que haría que, para estos contratos, el que el empleador posea esta facultad no sea una nota propia de relación laboral -, aun así, para el caso en concreto, también se estaría en incumplimiento, ya que la empresa establece condiciones de facturación y percepción de la contraprestación que colocan en una situación de ajenidad al trabajador en cuestión.

V. Conclusiones: Una disputa que ya comenzó

Más allá de la ya mencionada divergencia en las apreciaciones judiciales, y el riesgo desprotectorio que puede suponer la figura del TRADE, la última sentencia analizada resulta muy relevante porque deja entrever una realidad cada vez más patente en el mercado de trabajo: Su acelerada movilidad y transformación producto de las influencias tecnológicas. El avance en las tecnologías de la información ha introducido gran variedad de dinámicas novedosas en las relaciones sociales, por lo que no incorporar estas cuestiones a un análisis sobre el mundo del trabajo supone una visión restrictiva y sumamente desprotectoria para un sector de la población que debe ser visto (según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación) como “sujeto de preferente tutela constitucional²³”, ya que, como menciona Méndez²⁴, *“el ordenamiento jurídico es producto de una realidad histórica y sociocultural”*.

No reconocer carácter laboral a las relaciones que se originan en la economía colaborativa supone dejar en una situación de marginalidad a un sector de las trabajadoras/es que, a pesar de su carácter incipiente, se proyecta y crece con cada vez más velocidad. Este hecho es muy marcado en Argentina, donde, a pesar de la falta de información oficial, se estima que se encuentran operando aproximadamente trece mil trabajadores/as de Rappi (con principal radicación en Capital Federal) y cinco mil de Glovo²⁵ (quienes realizan una expansión a nivel nacional, en provincias como Buenos Aires, Santa Fe y Córdoba), lo cual, sumado a la reciente revelación que hizo Uber - dejando constancia de la incorporación de cincuenta y cinco mil empleadas/os

²³ Referenciado en numerosos fallos del tribunal, destaque “Vizzoti c/ Amsa” y “Aquino c/ Cargo S.A.”

²⁴ MÉNDEZ, ELISA. “Las ideologías y el derecho”, Ed. Astrea Buenos Aires 1982

²⁵ <https://www.bigbangnews.com/politica/Gremio-low-cost-trabajadores-de-Rappi-Glovo-y-UBER-se-aliaron-para-crear-un-sindicato-20181010-0014.html>

en el periodo Julio - Septiembre de 2018²⁶ - deja claro la urgente necesidad de regular estas actividades.

Teniendo en claro esta problemática, debe señalarse que las preocupaciones que la misma genera no se han quedado limitadas a pronunciamientos públicos, sino que, lentamente, va configurándose un marco de acción, que puede expresarse esencialmente en dos planos: La recepción y recomendación normativa desde la OIT y la realización de protestas y expresiones sindicales desde quienes trabajan para estas empresas.

En primer lugar, como se señaló previamente, la OIT expresó su preocupación por el futuro del trabajo, la cual llevó que en agosto de 2017 se dispusiera la creación de una Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en el marco de la misma, compuesta por seis grupos temáticos que elaboraron notas informativas de situación publicadas en febrero de 2018²⁷, siendo relevantes para este trabajo las del Grupo 3 (Tecnología al servicio del desarrollo social, ambiental y económico). La nota “La influencia de la tecnología en la calidad y la cantidad del empleo” aporta datos estadísticos que permiten entrever que el impacto de la digitalización va a producir a largo plazo una destrucción, pero a la vez un surgimiento de nuevos puestos en el mercado de trabajo, generando, entre otros interrogantes, el pensar como acercar los beneficios tecnológicos a los países en desarrollo. Por su parte, la nota “La calidad del trabajo en la economía de plataformas” resulta un material muy importante e innovador en lo que refiere al abordaje normativo de la cuestión, dejando patente el reconocimiento de la condición laboral de quienes prestan los servicios, elaborando estadísticas, señalando sus ventajas (flexibilidad en en el desempeño de la actividad laboral y reducción de costos empresariales) e inconvenientes (no reconocimiento de la relación laboral, escasa remuneración y dificultades al momento de garantizar

²⁶ <https://www.infobae.com/economia/2018/09/25/argentina-registro-el-mayor-crecimiento-de-uber-en-todo-el-mundo/>

²⁷ https://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/WCMS_618595/lang--en/index.htm

seguridad social), e instala varias inquietudes que pueden servir de lineamientos para la elaboración de legislación.

Delimitándose al ámbito del continente americano, la actividad de la OIT en este aspecto ha sido más acotada, pero no por eso menos relevante, realizándose entre el 2 y el 5 de Octubre de 2018, en Panamá la Decimonovena Reunión Regional Americana la cual dio lugar a la llamada “Declaración de Panamá para el centenario de la OIT: por el futuro del trabajo en las Américas”²⁸, un documento que señala prioridades a seguir en políticas de empleo comunes a todos los países y líneas de acción que la OIT debe desempeñar para su concreción. Dentro de las prioridades mencionadas, es destacable el punto décimo, el cual refiere a establecer “las políticas para responder a las nuevas y diversas formas de empleo creadas por las revoluciones tecnológicas y los nuevos modelos de negocios”, llamando a “eliminar vacíos normativos, fortalecer la negociación colectiva, la protección social y las políticas de empleo de calidad” y favoreciendo, a su vez, “la creación, mantenimiento y desarrollo de empresas”. El texto elaborado, aunque impreciso (debido a los conflictos que implicó acordar entre sectores laborales, empresariales y estatales²⁹), resulta un primer gran basamento en lo que refiere a reconocer esta problemática y generar la obligación de regularizarla en los ámbitos normativos internos.

Por último, resulta destacable el rol que tuvo la organización y protesta de quienes trabajan en estos espacios, la cual es sin dudas la base de todos los reclamos y declaraciones que se llevaron adelante, permitiendo visibilizar la problemática e incluso motivando los reclamos judiciales analizados³⁰. Recientemente se han realizado múltiples huelgas y movilizaciones, entre las

²⁸ Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_646374.pdf

²⁹ En línea en: <https://www.iprofesional.com/economia/279361-delivery-cgt-sindicatos-Uber-Rappi-y-Glovo-en-la-mira-sindicalistas-y-empresarios-se-cruzaron-en-OIT-por-el-impacto-laboral-de-las-app>

³⁰ Entrevista a Isaac Cuende, quien promovió la demanda a Glovo que se abordó en el artículo: https://www.eldiario.es/economia/mensajero-Glovo-tribunales-demostrar-autonomos_0_791970972.html

que pueden destacarse la realizada en Zaragoza, España (la cual consistió en no atender los reclamos solicitados por la aplicación en una franja horaria³¹), replicándose en otras ciudades gradualmente³², la concentración de trabajadores/as de Rappi frente a sus oficinas en Capital Federal³³ (primera huelga de este tipo en en el país) y la convocatoria que realizaron quienes trabajan en Glovo en La Plata³⁴, la cual dio lugar a un comunicado colectivo en que se denunció la situación de precariedad³⁵. A su vez, se han desarrollado incipientes actividades sindicales, tanto desde la ASIMM, como a través de la presentación para inscripción de un sindicato que represente a quienes realicen actividad por plataformas virtuales, la Asociación de Personal de Plataformas³⁶.

Estas acciones resultan, sin duda, un ejemplo sobre el cómo defender el derecho a que estos nuevos trabajos, muy necesarios en un momento de crisis en el acceso al empleo, puedan ejercerse sin someterse a condiciones de desamparo y explotación, pudiendo concluir desde un ámbito jurídico que, como expuso Ghersi³⁷, *“Debemos entonces cuestionar estos límites meramente economicistas, sin legitimidad, más que la natural lógica del mercado, inaplicable a cuestiones sociales fundantes. Recordar*

³¹ En línea en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-09-10/glovo-paralizan-zaragoza-riders-precariidad_1613740/

³² https://www.economiadigital.es/directivos-y-empresas/los-repartidores-de-glovo-buscan-un-colapso-nacional_577763_102.html

³³ <https://www.iprofesional.com/tecnologia/271673-internet-salario-argentina-Primera-huelga-del-delivery-online-en-la-Argentina-denuncian-cambios-unilaterales-en-las-condiciones-laborales>

³⁴ <http://infoblancosobrenegro.com/noticias/22010-los-repartidores-de-glovo-en-la-plata-comenzaron-a-organizarse-y-preparan-un-plan-de-lucha>

³⁵ <https://www.0221.com.ar/nota/2018-9-24-10-20-0-abandono-e-inestabilidad-el-fuerte-reclamo-de-los-trabajadores-de-glovo-en-la-plata>

³⁶ <https://www.perfil.com/noticias/innovacion/la-economia-de-las-plataformas-ya-tiene-su-primer-sindicato-en-el-pais.phtml>

³⁷ GHERSI, CARLOS ALBERTO. Los límites del derecho como orden social justo (Reflexiones para la posmodernidad jurídica). Revista Lecciones y Ensayos N° 63 (1995). Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.

que el centro del Derecho es el ser humano, y no el mercado y que las interrelaciones entre aquéllos - la intersubjetividad de Cossio - sólo pueden hacerse en un marco de ética, equidad y justicia”.

Bibliografía y fuentes

- BOURDIEU, PIERRE; TEUBNER, GUNTHER. La fuerza del derecho. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar. 2000.
- DE HEREDIA RUÍZ, IGNASÍ BELTRÁN - Caso Glovo: ¿los repartidores no son trabajadores por cuenta ajena? (análisis crítico a la SJS/39 Madrid de 3/9/18). Artículo de opinión, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2018/09/20/caso-glovo-los-repartidores-no-son-trabajadores-por-cuenta-ajena-analisis-critico-a-la-sjs-39-de-3-9-18/>
- DOMÉNECH PASCUAL, GABRIEL. La regulación de la economía colaborativa (El caso Uber contra Taxi). REVISTA CEFLEGAL. CEF, núms. 175-176 (agosto-septiembre 2015) – Pag. 67. Disponible en: <http://roderic.uv.es/handle/10550/54302>
- DORIA, LUCIANO; TOSCA, DIEGO. Alguna aproximación al fenómeno “UBER” y las relaciones laborales. Revista La Causa Laboral N° 68, agosto de 2017. Disponible en: http://www.laboralistas.net/articulo_revista/alguna-aproximacion-al-fenomeno-uber-y-relaciones-laborales/
- FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Tomo I. Ed. La Ley, 2007.
- GATTI, ÁNGEL EDUARDO. Derecho del trabajo. Manual de las relaciones individuales. Ed. B de F, 2015
- GHERSI, CARLOS ALBERTO. Los límites del derecho como orden social justo (Reflexiones para la posmodernidad jurídica). Revista Lecciones y Ensayos N° 63 (1995). Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires.
- LOZANO, MARÍA PAULA; CASIRAGHI, FEDERICO. Tercerización, precarización y solidaridad en las relaciones laborales. La Ley Online. Cita Online: AR/DOC/1477/2013

- ORSINI, JUAN IGNACIO. Los Principios del Derecho del Trabajo. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; año 7, no. 40. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21014/Documento_completo.pdf?sequence=1
- PACHECO JIMÉNEZ, MARÍA NIEVES. La Web 2.0 como instrumento esencial en la economía colaborativa: Auge de negocios de dudosa legalidad. Publicado en Revista CESCO de Derechos de Consumo N°17/2016 - Universidad de Castilla y La Mancha, España. Disponible en: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1055>
- PÉREZ DEL VISO, ADELA. Fallos internacionales que marcan caminos: El caso «Aslam v. Uber B.V.» y los derechos laborales de los choferes de Uber. Cita online: MJ-DOC-10586-AR | MJD10586. Disponible en:
- PETORUTTI, CARLOS ENRIQUE; SCATOLINI, JULIO CÉSAR. Elementos de Introducción al Derecho. Ed. La Ley. 2007.
- VALLECILLO GÁMEZ, MARÍA ROSA. Economía colaborativa y laboralidad: Los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad. Propuesta para Conversación 3 sobre El futuro del trabajo organizada por OIT - Universidad de Jaén.

Jurisprudencia Bonaerense

*Fernando Amosa*¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 427-448

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e230>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2706-1650>

1. TRIBUNALES INFERIORES

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata.

“Martínez, Gustavo Federico José c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión cesación vía de hecho administrativa 13/03/2018”.

Voces: Empleo Público -Vías de hecho- Acto Administrativo.

Sumarios:

- El juez hizo parcialmente lugar a la pretensión de cese de vía de hecho administrativa interpuesta por la parte actora y ordenó a la Cámara de Senadores a restablecer al actor en su cargo hasta tanto le resulte notificado del decreto que dispuso su cese. Ante ello La Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires interpuso recurso de apelación. La Cámara revocó la sentencia atacada y declara abstracta la controversia.

- La pretensión de cese de vía administrativo con respecto al cese en el cargo del actor debe rechazarse, toda vez que la cuestión devino abstracta, ya que la accionada cuenta con un decreto que sirve de sustento jurídico administrativo, y, el conocimiento del acto mencionado impide tener por configurada la vía de hecho administrativa que se atribuye al comportamiento de la Cámara de Senadores, entendida como

¹ Abogado, docente del IPAP (Instituto Provincial de la Administración Pública) y asistente jurídico del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires.

una operación material, sin respaldo jurídico y violatoria del derecho de defensa del actor; aun cuando al inicio de la presente acción el accionante desconociera su existencia.

Extractos del decisorio:

- *“La pretensión de cese de vía administrativo con respecto al cese en el cargo del actor debe rechazarse, toda vez que la cuestión devino abstracta, ya que la accionada cuenta con un decreto que sirve de sustento jurídico administrativo, y, el conocimiento del acto mencionado impide tener por configurada la vía de hecho administrativa que se atribuye al comportamiento de la Cámara de Senadores, entendida como una operación material, sin respaldo jurídico y violatoria del derecho de defensa del actor; ello aun cuando al inicio de la presente acción el accionante desconociera su existencia”.*

- *“Contra la sentencia que hace lugar a parcialmente a la pretensión de cese de vías de hecho interpuesta por la parte actora (fs. 55/62) se alza la Fiscalía de Estado e interpone recurso de apelación.”*

- *“Mediante la sentencia dictada en primera instancia el juez a quo resuelve hacer lugar parcialmente a la pretensión de cese de vía de hecho administrativa deducida por Gustavo Federico José Martínez, ordenando a la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires restablecer al actor en el cargo en el que se desempeñaba.”*

- *“...la vía de hecho denunciada por la actora constituía una cuestión abstracta al momento del dictado de la sentencia de primera instancia...”.*

- *“...se encuentra acreditado que el obrar administrativo —cese laboral del Sr. Martínez— cuenta con sustento jurídico en el acto administrativo que fue acompañado por la Fiscalía de Estado en oportunidad de contestar demanda, cual es, el decreto N° 1023/2016...”.*

- *“El conocimiento del acto mencionado impide tener por configurada en esta litis la vía de hecho administrativa que*

se atribuye al comportamiento de la Cámara de Senadores, entendida como una operación material, sin respaldo jurídico y violatoria del derecho de defensa del actor; ello aun cuando al inicio de la presente acción el Sr. Martínez desconociera su existencia”.

- *“la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, dicta la siguiente sentencia: Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso de apelación deducido por la Fiscalía de Estado, se revoca la sentencia de primera instancia y se declara abstracta la controversia con costas de ambas instancias en el orden causado”.*

Tribunal: Tribunal del Trabajo Nro. 3 de La Plata.

Sindicato Unificado de Trabajadores Educación Pcia. Bs. As. c. Ministerio de Trabajo y otro/a s/ Amparo sindical, 21/08/2018).

Voces: Libertad Sindical - Derecho a Huelga.

Sumarios:

- Un sindicato solicitó se condene a la demandada —Ministerio de Trabajo y Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires— a que cese los actos violatorios de la libertad sindical. El Tribunal acogió el pedido y ordenó al demandado que se abstenga de aplicar la multa anunciada.

- El demandado debe abstenerse de imponer multa, impulsar y/o proseguir cualquier tipo de proceso dirigido contra el Sindicato accionante, toda vez que la cuantía de la sanción pecuniaria anunciada por la autoridad administrativa del trabajo a la entidad sindical, toma prima facie verosímil el argumento que expone esta última acerca de la afectación concreta a su funcionamiento dado el compromiso que acarrearía a su patrimonio, circunstancia que podría traducirse en la imposibilidad de cumplir con la finalidad que los Tratados internacionales en la materia, Constitución Nacional y demás legislación vigente le reconocen y garantizan.

Extractos del decisorio:

- *“...el sindicato accionante solicita se condene a la demandada —Ministerio de Trabajo y Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires— a que cese los actos violatorios de la libertad sindical considerando la comisión de práctica desleal, y el dictado de una medida cautelar a fin de que en forma inmediata se ordene al Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires a que se abstenga de imponer multa, iniciar y/o proseguir cualquier tipo de proceso cuyo objeto constituya la imposición de cualquier tipo de sanción a S.U.T.E.B.A...”*.

- *“...la cuantía de la sanción pecuniaria anunciada por la autoridad administrativa del trabajo a la entidad sindical (\$659.000.000 según las constancias periodísticas obrantes en autos) toma prima facie verosímil el argumento que expone esta última acerca de la afectación concreta a su funcionamiento dado el compromiso que acarrearía a su patrimonio, circunstancia que podría traducirse en la imposibilidad de cumplir con la finalidad que los Tratados internacionales en la materia, Constitución Nacional y demás legislación vigente le reconocen y garantizan (arts. 14 bis, 75 inc. 22 C.N., arts. 23.4 de la “Declaración Universal de Derechos Humanos”; XXII de la “Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre”; 16.1 de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”; 8 del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales”, 3 Convenio 87 OIT, 2 Convenio 98 OIT, 5 Convenio 151 OIT, 20 y 39 C.P., 1, 4, 5, 6, 47, 53 y cc. de la ley 23.551...”*.

- *“...Por ello, el Tribunal del Trabajo nro. 3 de La Plata resuelve: 1) Tener por deducida la demanda que tramitará según las normas del proceso sumarísimo (arts. 321 y 496 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación vía art. 63 de la ley 11.653). 2) Hacer lugar a la medida cautelar peticionada y en consecuencia ordenar al Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires a que se abstenga de imponer multa, impulsar y/o proseguir cualquier tipo de proceso dirigido en dicho sentido al Sindicato Unificado de Trabajadores de la Educación de la Provincia de Buenos Aires(SUTEBA) con relación a los hechos*

que motivan las presentes actuaciones sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva al fallarse sobre el fondo de la controversia (arts. 14 bis, 75 inc. 22 C.N., arts. 23.4 de la «Declaración Universal de Derechos Humanos»; XXII de la «Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre»; 16.1 de la «Convención Americana sobre Derechos Humanos»; 8 del «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales», 3 Convenio 87 OIT, 2 Convenio 98 OIT, 5 Convenio 151 OIT, 20 y 39 C.P., 1, 4, 5, 6, 47, 53 y cc. de la ley 23.551; 18 de la ley 11.653; 195, 232 y *ccdts. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación*). 3) *Correr traslado de la demanda al Fisco de la Provincia de Buenos Aires por el término de cinco días, en la persona del Señor Fiscal de Estado, quien deberá contestarla y comparecer a estar a derecho dentro del plazo acordado, bajo apercibimiento de lo establecido en el art. 28 última parte de la ley 11.653...*”.

Tribunal: Juzgado de 1ra instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1 de La Plata.

“Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires y otro/a s/ pretensión anulatoria - otros juicios, 10/08/2017”

Voces: Servicios Públicos –Tarifas - Derechos de los Usuarios y Consumidores.

Sumarios:

- La Defensoría del Pueblo de Buenos Aires en oportunidad del presente caso solicitó el dictado de una medida cautelar con el objeto de lograr la suspensión del Decreto Provincial 855/16, dispositivo normativo habilitante para el cobro de tarifa o peaje a los usuarios de una autovía. Los trabajos sobre la ruta no fueron concluidos, no obstante el cobro de la tarifa fue aprobado sin participación de la Legislatura. El juez interviniente en el caso concedió la precautoria.

- La petición del defensor del pueblo respecto de la suspensión de los nuevos valores del cuadro tarifario se fundó sobre bases *prima facie* verosímiles, ya que el incremento tarifario no exhibe una proporción adecuada al aumento del poder

adquisitivo de la población, vinculando la razonabilidad de la tarifa a la capacidad de pago de los usuarios, y no a la sola rentabilidad empresarial; sobre todo si se advierte que dichas proporciones contrastan ostensiblemente con los niveles inflacionarios reportados por el INDEC y los incrementos salariales o de haberes jubilatorios de la población en general.

- El derecho a la información adecuada y veraz que brinde datos ciertos respecto de las tarifas resultantes por cada una de las empresas a favor de los usuarios no fue garantizado, en tanto que los cuadros tarifarios son muy superiores a los propuestos por las empresas distribuidoras en el marco de las audiencias públicas y las inversiones que se impone a dichas empresas son mucho menores a las comprometidas por estas en las audiencias públicas.

- El principio de proporcionalidad y progresividad en la determinación de las tarifas resulta comprometido, ya que el aumento de los cargos fijos establecidos en un modo uniforme para todas las categorías no efectúa distinción de los consumos según los usuarios y en igual proporción, lo cual representa un incremento mayor para los usuarios de menor consumo.

Extractos del decisorio:

- *“...resulta liminarmente acertada la impugnación que sostiene el Defensor del Pueblo respecto de la constitucionalidad del Dec. Provincial N° 855/2016, en cuanto habilita el cobro del peaje a quienes sean usuarios de la Autovía Ruta Provincial N° 6, puesto que tal tributo no ha sido creado por una ley en sentido formal, resultando insuficiente desde el plano constitucional, la existencia de un decreto o reglamento que determine la concesión (arts. 103 inc. 1 y 13 de la Const. Prov.)...”*

- *“...el art. 65 de la Ley de Defensa de los Consumidores dispone su carácter de orden público. En virtud de lo expuesto, y siendo que del acto impugnado no surge que durante el proceso de contratación se haya realizado mecanismo alguno de participación de los usuarios en la determinación de la tarifa que se pretende cobrar por peaje, es posible concluir que la ausencia de*

participación de los usuarios afectados, prima facie, vulnera el derecho a una información adecuada y veraz (art. 42 de la CN) como instrumento previo a evaluar la razonabilidad de la tarifa, al tiempo que restringe las posibilidades de éxito en un eventual reclamo administrativo o judicial (art. 15 de la CPBA)...”.

- *“En el caso de autos, la aplicación de las tarifas fijadas por peaje, podría generar un perjuicio irreparable a los usuarios de la ruta provincial N° 6, dada la posibilidad de restricción de tránsito a aquellas personas que no abonen los importes reclamados. Lo expuesto evidencia sin lugar a dudas la configuración del peligro en la demora que habilita el dictado de este remedio cautelar (art. 22 inc. 1.b del Cód. Cont. Adm.)”.*

- *“El accionante solicita se disponga la suspensión del Decreto Provincial N° 855/2016, en cuanto habilita el cobro de tarifa o peaje a quienes sean usuarios de la Autovía Provincial N° 6, en virtud de los vicios que presenta el citado acto”.*

- *“De tal modo, corresponde suspender los efectos del Dec. 855/2016, ordenando a la empresa concesionaria a que se abstenga de aplicar el mismo y/o cobrar tarifa alguna por peaje hasta el mismo se encuentre precedido de expresa habilitación legislativa y se acredite en autos la celebración de la correspondiente audiencia pública, conforme a lo establecido en la presente”.*

- *“siendo que la accionante sólo ha demandado a la provincia de Buenos Aires, deberá notificarse la medida que aquí se decreta a la Empresa concesionaria “Autopistas de Buenos Aires S.A. —AUBASA—”, favorecida por el acto administrativo que dio lugar a la demanda y afectada directa de la presente medida cautelar, y oportunamente citarla en calidad de coadyuvante, ello a efectos de preservar su derecho a defensa en juicio (art. 10 del Cód. Cont. Adm.)”.*

Por ello, los fundamentos expuestos y normas citadas; resuelvo: 1. Suspender los efectos del Dec. N° 855/2016, que aprobara el cuadro tarifario acordado en el contrato de concesión, ordenando a la empresa Autopistas de Buenos Aires S.A. —AUBASA— a que se abstenga de cobrar tarifa alguna

por peaje a los usuarios de la autovía Ruta provincial N° 6 sin expresa habilitación legislativa y audiencia pública previa, de conformidad a lo expuesto en consid. 3.5. de la presente. 2. Ello bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 163 de la CProv., y sin perjuicio de la eventual aplicación de astreintes, a cuyo fin librese oficio a la Provincia de Buenos Aires y a la empresa Autopistas de Buenos Aires S.A. —AUBASA—”.

Tribunal: Juzgado de 1ra instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 1 de La Plata.

Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires c. Min. de Infraestructura, Viv. y Serv. Pub. s/ pretensión anulatoria - otros juicios 16/06/2017.

Voces: Servicios Públicos domiciliarios- Consumidores y Usuarios –Tarifas - Medidas cautelares.

Sumarios:

- El juez hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y suspendió los nuevos valores del cuadro tarifario del servicio de distribución de energía eléctrica.

- La medida pre-cautelar tendiente a la suspendiendo los efectos de la Resolución 419/17 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, en cuanto aprobó los nuevos valores del cuadro tarifario para la distribución del servicio de energía eléctrica en la Provincia de Buenos Aires debe ser concedida, pues el incremento implementado deviene prima facie contrario a los derechos constitucionales de protección de los intereses económicos de los usuarios, información adecuada y veraz, y condiciones de trato equitativo y digno; esto no implica una indebida injerencia del poder judicial en las atribuciones propias de la Administración, puesto que su finalidad no es otra que dar preponderancia a las normas constitucionales que tutelan los derechos de los usuarios.

- A efectos de la procedencia de la medida pre-cautelar tendiente a la suspendiendo los efectos de la Resolución 419/17

del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, en cuanto aprobó los nuevos valores del cuadro tarifario para la distribución del servicio de energía eléctrica en la Provincia de Buenos Aires, el peligro en la demora se configura frente a la posibilidad de que las demandadas apliquen efectivamente un incremento tarifario que se encuentra verosímilmente cuestionado.

Extractos del decisorio:

- *“Que en autos se hizo lugar a la medida pre-cautelara solicitada por el Sr. Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, suspendiendo los efectos de la Resolución 419/2017 del MIySP, en cuanto aprobara los nuevos valores del cuadro tarifario de EDELAP S.A., EDEN S.A, EDES S.A y EDEA S.A., y los valores del cuadro tarifario de referencia del Área Atlántica, Norte y Sur; sin que ello implique afectación alguna a los usuarios beneficiarios de la denominada “Tarifa Social”, “Electro Dependientes”, y entidades de Bien Público (Ley 27.218), debiendo la demandada comunicar la medida a las Distribuidoras y Cooperativas Eléctricas prestatarias del servicio a fin de que realicen una nueva facturación del servicio”.*

- *“la petición se sustenta sobre bases prima facie verosímiles, toda vez que los cuestionamientos que el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires esgrime en contra del nuevo cuadro tarifario revisten una entidad suficiente como para configurar el recaudo analizado”.*

- *“al momento de valorar la procedencia de la medida pre-cautelara sostuve que, en principio, el incremento tarifario no exhibía una proporción adecuada al aumento del poder adquisitivo de la población, vinculando la razonabilidad de la tarifa a la capacidad de pago de los usuarios, y no a la sola rentabilidad empresarial”.*

- *“El Marco Regulatorio Eléctrico de la Provincia de Buenos Aires establece que “Los servicios públicos de electricidad suministrados por los concesionarios serán ofrecidos a tarifas justas y razonables, teniendo en cuenta el derecho de acceso a la energía de todo habitante de la Provincia de Buenos Aires”*

(art. 39 de la Ley 11.769). De este modo, si bien la determinación de la tarifa puede contemplar la sustentabilidad del sistema eléctrico, el rendimiento de las empresas concesionarias del servicio, el plan de inversión para el mantenimiento y ampliación de la red de distribución, entre otras cuestiones, ninguno de ellos puede estar desvinculado del acceso a la energía de todos los habitantes de la Provincia, por ser el principio al que en definitiva debe remitirse toda determinación tarifaria”.

- *“Dichas proporciones contrastan ostensiblemente con los niveles inflacionarios reportados por el INDEC y los incrementos salariales o de haberes jubilatorios de la población en general, que se hallan alrededor del 18% al 20% y que son de público y notorio conocimiento. El Defensor del Pueblo funda el planteo de irrazonabilidad y de violación a los intereses económicos de los usuarios, en ese desfase que se evidencia entre el incremento de la tarifa y los aumentos salariales pautados por el gobierno provincial, como así también por la pauta inflacionaria prevista en el presupuesto nacional. De allí que entiende que la afectación se produce a todos los usuarios del servicio público, y no sólo a algunas categorías, por lo que su representación y el pedido cautelar ha de contemplar a todos ellos.*

- *“corresponde destacar que aparece comprometido el principio de proporcionalidad y progresividad en la determinación de las tarifas, toda vez que el aumento de los cargos fijos establecidos en un modo uniforme para todas las categorías, sin distinción de los consumos según los usuarios y en igual proporción, lo cual representa un incremento mayor para los usuarios de menor consumo, dada la importancia de la incidencia del citado cargo en la facturación final”*

- *“sin perjuicio del test de razonabilidad que se efectuará en la sentencia definitiva, una vez efectuado el traslado de las actuaciones administrativas acompañas en la causa, el Defensor del Pueblo amplía la demanda al advertir que los cuadros tarifarios previstos en la Res. N° 419/2017 son muy superiores a los propuestos por las empresas distribuidoras en el marco de las audiencias públicas; y que, por el contrario, las inversiones*

que se impone a dichas empresas en la Res. N° 419/2017, son mucho menores a las comprometidas por estas en las audiencias públicas. Frente a ello, concluye que no se garantizó a los usuarios del servicio la información adecuada y veraz que brinde datos ciertos respecto de las tarifas resultantes por cada una de las empresas, que era precisamente la razón de la convocatoria”

- *“la mera constatación preliminar de estas irregularidades obliga a este magistrado a ordenar la inmediata suspensión del cuadro tarifario respectivo, por encontrarse en juego la finalidad y razón de ser de las audiencias públicas en el marco de los servicios públicos esenciales prestados en forma monopólica”.*

- *“el incremento tarifario implementado por la resolución en crisis aparece prima facie contrario a los derechos constitucionales de “protección de los intereses económicos de los usuarios”, “información adecuada y veraz”, y condiciones de “trato equitativo y digno” (art. 42 Constitución Nacional y art. 38 de la Constitución Provincial)”.*

- *“la representación invocada por el Defensor del Pueblo —y por quienes adhirieran a la demanda—, entiendo que se ha logrado delimitar con precisión el colectivo que pretenden representar (todos los usuarios del servicio de energía eléctrica de las áreas de concesión del Estado provincial y/o municipal, sin distinción de categorías de usuarios, por revestir la afectación características homogéneas), y la legitimación prevista en el art. 55 de la Constitución Local confiere esa especial amplitud”.*

- *“Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el Sr. Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, y las demás asociaciones y entidades adherentes, suspendiendo los efectos de la Resolución 419/2017, del MIySP, en cuanto aprobara los nuevos valores del cuadro tarifario de EDELAP S.A., EDEN S.A., EDES S.A. y EDEA S.A., y los valores del cuadro tarifario de referencia del Área Atlántica, Norte y Sur; sin que ello implique afectación alguna a los usuarios beneficiarios de la denominada “Tarifa Social”, ni de los “Electro Dependientes”, ni de las entidades de Bien Público (Ley 27.218), debiendo la demandada comunicar la medida a las Distribuidoras y*

Cooperativas Eléctricas prestatarias del servicio para confeccionar nuevas facturaciones, en caso de que las mismas se hayan emitido. Ello bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 163 de la Constitución Provincial, y sin perjuicio de la eventual aplicación de astreintes, a cuyo fin librese oficio al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires y al OCEBA, con copia de la presente medida y habilitación de días y horas inhábiles (art. 153 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). 2. Intimar a la demandada a que en el plazo de cinco (5) días de notificada, presente la propuesta de difusión de la causa, en los términos expuestos en el Considerando 7.2. de la presente, bajo apercibimiento de ordenar su confección por la parte actora (art. 34 inc. 5 “c” y 36 inc. 2 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

S., R. L. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios -10/08/2018. Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II.

Voces: Responsabilidad del Estado por falta de Servicio del Poder Judicial – Persona Menor de Edad- Procedencia de la Indemnización de consecuencias no patrimoniales- Daños y Perjuicios- Nexo de causalidad- Concausa – Retardo de las autoridades públicas.

Sumarios:

- El magistrado considero que la abuela de una menor se encontraba legitimada para reclamar la indemnización del daño material y moral sufrido a consecuencia de su muerte, hecho por el cual habían sido condenados la madre de la niña y su concubino como autores penalmente responsables de los delitos de reducción a la servidumbre en concurso real con abandono de persona, agravado por el vínculo y seguido de muerte. En consecuencia, condenó a la Provincia de Buenos Aires ante la inactividad absoluta del tribunal y de la Asesoría de Menores. Apelada la decisión, la Cámara confirmó la responsabilidad, pero redujo los montos indemnizatorios.

- Se ve configurada la falta de servicio reprochada al Poder Judicial por el fallecimiento de una menor luego de ser

reducida a servidumbre y abandonada a la enfermedad, debido a la actuación tanto del juez como del asistente social, que veían “normalidad” y “protección de los niños” al limitar su trabajo a entrevistas con los victimarios, así como la posterior omisión de controlar y vigilar la evolución de esas situaciones manifiestamente peligrosas para la menor.

- La indemnización por el lucro cesante pretendida por la abuela de la fallecida debe rechazarse, por cuanto del dictamen pericial no surge la pérdida de la posibilidad de trabajar ni que su enfermedad sea consecuencia de la depresión, y en lo que hace a la prueba testimonial, además de ser testigos que repiten el relato de la actora, tampoco lo hacen de modo uniforme.

- La indemnización del daño por pérdida de chance de ayuda futura debe dejarse sin efecto, en tanto las condiciones de la niña fallecida hacen que dicha potencialidad tuviera escasas posibilidades de verificarse.

- En cuanto a la reparación del daño moral padecido por la abuela de una niña fallecida debe receptarse, pues se comprobaron los sufrimientos de quien estaba criando a su nieta sin mayores inconvenientes y esta le fue arrancada por la fuerza para ser sometida a servidumbre y abandonada a la enfermedad, el maltrato y la violencia hasta su muerte, sin que el tribunal responsable de la menor hiciera algo para rescatarla.

Extractos del decisorio:

- *“el Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida por R. L. S. y condenó a la Provincia de Buenos Aires a pagar a la actora la suma de setecientos sesenta y cinco mil pesos (\$765.000), con más intereses y costas”.*

- *“el Sr. Juez consideró que la Sra. S. —en su condición de damnificada indirecta— se encontraba legitimada para reclamar la indemnización del daño material y moral sufrido a consecuencia de la muerte de la menor V. A. del V. C., hecho por el cual fueron condenados la madre de la niña (hija de la actora) y su concubino, como autores penalmente responsables de los delitos de reducción a la servidumbre en concurso real*

con abandono de persona, agravado por el vínculo y seguido de muerte”.

- *“Con cita de doctrina y jurisprudencia del derecho administrativo, estableció también que la responsabilidad estatal por omisión en el ámbito del poder judicial exige los mismos requisitos que la responsabilidad por actividad ilegítima, “encuadrándose dentro del presupuesto de la falta de servicio que reclama la verificación de un funcionamiento irregular o defectuoso a la luz de lo normado por el art. 1112 del Cód. Civil”, para cuya verificación es necesario que se configure una omisión antijurídica —esto es “cuando haya sido razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar daños en las personas o en los bienes de los particulares”—, allí donde exista un deber normativamente impuesto de obrar, su incumplimiento y que la actividad omitida haya sido materialmente posible.”*

- *“El incumplimiento lo aprecia ante la inactividad absoluta del Tribunal y Asesoría de Menores entre mediados de 1996 y el 15 de Septiembre de 2001, sin que se hubiera probado la imposibilidad material de actuar, por lo cual y sin desconocer que la conducta de la madre y de su concubino “se encuentran en la génesis inmediata de la muerte”, entiende que el resultado hubiera sido otro de no haberse omitido la conducta exigible, pues la omisión privó a la menor de una chance concreta de auxilio que le permitiera superar con éxito la situación que la llevó a la muerte”.*

- *“La pasividad de las autoridades responsables ante el manifiesto curso de las cosas, nos aleja de la mera ocasión, “convierte al estado en coacusante”, porque verosímelmente pudo hacer fracasar el hecho dañoso, y aunque su omisión se conecta con un hecho distinto, es igualmente responsable por las consecuencias mediatas previsibles (arts. 901, y 904 del Cód. Civil) en tanto aportó un “fragmento de la causa” consistente en no evitar el funcionamiento de la otra concausa (Zavala de González, ob. cit., nro. XIII). Ello compromete incluso la responsabilidad internacional del Estado, conforme lo ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en*

los casos “Maia Fernández, María da Penha v. Brasil” (LA LEY, Cita Online: AR/JUR/6818/2001), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “González y Otras (Campo Algodonero) v. México” (LA LEY, Cita Online: AR/JUR/77909/2009)”.

- “Efectivamente, “cuando el agente ajeno a la planta estatal despliega una conducta que el estado pudo y debió evitar, se asocia por una concausalidad acumulativa y convergente hacia el mismo daño, que imposibilita considerar como tercero al dañador cuyo actuar el Estado tenía obligación de prevenir” (Zavala de González, ob. cit.), en tanto no constituye una causa ajena el abandono y reducción a servidumbre que el Estado debía evitar dentro de la órbita de su incumbencia (en igual sentido aunque considerando “técnicamente” tercero al dañador, Carlos Parellada “La responsabilidad internacional del estado por violencia familiar. Visión Nacional” en “Derecho de Familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, n° 65, Abeledo-Perrot, p. 76, Bs. As., julio 2014)”.

- “Tampoco constituyen eximentes las invocaciones a los medios disponibles en el grado pretendido. Sin perjuicio de que la ausencia de ellos condiciona la responsabilidad (CSJN “Mosca”) pues a lo imposible nadie está obligado, lo cierto es que en el caso no hubo imposibilidad, sino manifiesta irregularidad e incumplimiento, por lo que —genéricamente invocados— no resultan admisibles ante la víctima del daño injusto, ni la escasez de recursos económicos, técnicos o de personal, casi siempre circunscriptos en los hechos, tampoco las dificultades financieras o limitaciones presupuestarias para desplegar funciones públicas sin otra causa que no haya sido la negligencia (con resultado criminal) en el cumplimiento de sus deberes funcionales, la indiferencia y el olvido”.

- “El Sr. Juez ha tenido en consideración que “como la intimidación no es accesible, necesariamente debe acudir a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva” (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Hammurabbi, t. 5: ¿Cuánto por

daño moral?, p. 106 y siguientes), que “los daños morales son perceptibles por el Juez”, pues “el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación”.

- *“Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso y modificar la sentencia apelada, limitando la indemnización al daño moral y al material derivado de la lesión psicológica, por lo que el monto de la condena se establece en la suma de pesos seiscientos diez mil (\$610.000) por capital con más los intereses en la forma y a la tasa dispuesta en la sentencia apelada. Atendiendo al progreso parcial del recurso propongo que las costas por los trabajos de esta instancia sean impuestas a la actora en un 20%, y a la demandada en un 80% (art. 71 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y diferir la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 51 de la ley 14.967”.*

2. SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Vidal, Miguel Ángel c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos (27/12/2017).

Voces: Empleo Público – Estabilidad relativa- Continuidad del vínculo laboral- Ruptura intempestiva del vínculo laboral en el ámbito público- Desviación de poder – Indemnización.

Sumarios:

- “La injustificada utilización de un mecanismo de designación transitoria para mantener en un empleo por más de ocho años a un agente —en un origen como personal de gabinete y luego, durante la mayor duración de la relación, como personal contratado—, constituye una desviación de poder, contraria a la

exigencia de buena fe que debe guiar la actuación del Estado con sus agentes en el marco de una contratación administrativa”.

- La ruptura intempestiva del vínculo laboral que unía a un agente con la Administración —Banco de la Provincia de Buenos Aires—, en tanto arbitraria, es suficiente para considerar que pudo generar expectativas en punto a su mantenimiento o cuanto menos, a una ruptura no intempestiva (teniendo en cuenta que un contrato temporal se renovó durante 8 años), por lo que no es posible aceptar la disolución unilateral del vínculo por la Administración sin derecho a reclamo de ninguna índole.

Extractos del decisorio:

- *“La injustificada utilización de un mecanismo de designación transitoria para mantener un empleo por más de ocho años— en un origen como personal de gabinete y luego, durante la mayor duración de la relación, como personal contratado—, constituye un ejercicio reñido con las atribuciones conferidas por el régimen aplicable, contrario a la exigencia de buena fe que debe guiar la actuación del Estado con sus agentes en el marco de una contratación administrativa (arg. arts. 103, decreto ley 7647/1970 y 961, Cód. Civ. y Com. de la Nación).”*

- *“En relación a la indemnización reclamada —ya en el ámbito del art. 289 inc. 2º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— cabe reconocer que no es posible aceptar la disolución unilateral del vínculo por la Administración sin derecho a reclamo de ninguna índole. El tiempo por el que se prolongó la relación que unió al actor con el Banco de la Provincia de Buenos Aires, es suficiente, en la especie, para considerar que pudo generar expectativas en el agente en punto a su mantenimiento o, cuanto menos, a una ruptura no intempestiva. Desde esta óptica, el obrar controvertido deviene arbitrario, pues conlleva un apartamiento repentino, inmotivado y contrario al anterior accionar gubernamental.”*

- *“...se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y se revoca el fallo impugnado, condenando a la demandada a abonar al actor*

una suma de dinero en concepto de indemnización, que se determinará de conformidad con el régimen establecido en los arts. 11 y 30 inc. “b” de la ley 10.430 (arts. 165 y 289 inc. 2 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 77 inc. 1 de la ley 12.008, texto según ley 13.101). El monto resultante de la liquidación a practicarse deberá abonarse dentro de los sesenta días (arts. 163, Const. prov.; 289 inc. 2, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Sobre la suma que arroje la liquidación a practicarse, se calcularán intereses exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a treinta días, durante los distintos períodos de devengamiento, desde la fecha del distracto y hasta su pago efectivo, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (arts. 622 y 623, Cód. Civil; art. 7, 768 inc. “c” y 770, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 7 y 10, ley 23.928, B. 62.488, “Ubertalli”, sent. de 18/05/2016 y causas C. 119.176, “Cabrera” y L. 118.587, “Trofe”, ambas sents. de 15/06/2016)...”.

Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

R. M. F. s/ internación (13/06/2018).

Voces: Vulnerabilidad – Principios Procesales- Competencia-Internación.

Sumarios:

- La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires atribuyó la competencia para conocer en nuevas internaciones de una persona, al juez que había prevenido.

- El juez que previno en la internación de una persona resulta el competente para conocer en las nuevas internaciones de la misma persona, en razón los principios procesales de intermediación, celeridad y economía procesal prevalentes por sobre cualquier otros en tal situación, donde se trataba del contralor del estatus médico-jurídico de una persona en situación de vulnerabilidad.

Extractos del decisorio:

- “Los señores M. F. R. y C. M. A. se presentaron, el 27 de octubre de 2014, ante el Juzgado de Familia N° 4 del Departamento Judicial de Mar del Plata, a fin de solicitar que se disponga la internación de su hijo M. F. R., quien vive con ellos en la localidad de Balcarce, acompañando certificado de una médica psiquiatra que así lo aconseja”.

- “...el juez debe garantizar la inmediatez con el interesado como así también entrevistarlo en forma personal antes de pronunciar cualquier resolución...”.

- “los principios de intermediación, celeridad y economía procesal debían primar por sobre cualquier otros en tal situación, donde se trataba del contralor del estatus médico-jurídico de una persona en situación de vulnerabilidad pues el tema a resolver excedía una mera cuestión de competencia para involucrar los derechos del paciente y en ese sentido, la aludida intermediación era la que permitiría al tribunal tener un conocimiento cabal de la situación del causante”.

- “es pertinente ponderar especialmente a ese fin que, al comienzo de la causa, el señor M. F. R. se domiciliaba junto a sus padres, en la localidad de Balcarce (v. fs. 2; 4) e ingresó a la brevedad en la Clínica “Comunidad”, de Tandil (v. fs. 17; 19/20; 22). Pasados algunos años, se informó que volvió a ser internado en esa institución (v. fs. 38) y poco después en el Centro para Patologías Duales “Despertar a la Vida”, de Castelar (v. fs. 53), sitio del que se fugó (v. fs. 57; 58/59) y, una vez hallado, volvió a ser ingresado en la Clínica de Tandil en el mes de marzo del corriente año (v. fs. 62; 64). Por otra parte, resulta de interés destacar que existen constancias en autos que dan cuenta de que el mencionado estuvo internado —también antes del inicio de esta causa— en repetidas ocasiones en diferentes lugares (v. fs. 4; 38; 64).

- Así, las circunstancias descriptas determinan que no sea posible afirmar que el causante tenga su actual y consolidada residencia en este último lugar, lo que conduce a declarar la competencia del órgano jurisdiccional que previno[-], es decir,

del Juzgado de Familia N° 2 de Mar del Plata (conf. doct. causas C. 119.469, “G., C. J. s/ Internación”, resol. de 05/11/2014; C. 120.185, “M., R. A. s/ Internación”, resol. de 10/08/2016; C. 121.917, “P. V. J.”, resol. de 11/11/2017; art. 5 inc. 8 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)”.

Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Herrera, Ricardo Horacio y otro/a c. Herrera, María Aurora s/ desalojo (03/10/2018).

Voces: Notificación – Exceso ritual manifiesto- Notificación electrónica- Derecho a la defensa en juicio.

Sumarios:

- Los señores Ricardo Horacio y Pedro Oscar Herrera, en su carácter de sucesores de doña Irene Delgado, promovieron demanda de desalojo contra la señora María Aurora Herrera. Corrido el traslado de ley, se presentaron la accionada y el señor Víctor Hugo Ludueña —ocupantes de la vivienda, junto a sus dos hijos menores; v. fs. 362/363—, interponiendo excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y contestando la demanda incoada.

- Elevados los autos a la Cámara, su Presidente dictó la providencia de fs. 634, señalando que las partes no habían constituido domicilio electrónico, por lo que hizo efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 41, primer párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y tuvo por constituido el domicilio electrónico de las mismas en los estrados de ese Tribunal.

- En el mismo acto, hizo saber la intervención en la causa de la Sala III e intimó a la parte demandada apelante para que exprese agravios en el plazo de ley, ordenando la notificación ministerio legis, con cita de los arts. 41 y 133 del Código de rito, según ley 14.142 y el art. 1° del Anexo Único del Reglamento para la notificación por medios electrónicos. La Sala designada advirtió que los accionados no habían expresado agravios y a tenor de lo imperativamente dispuesto por el art. 261 del Código citado, declaró desierta la vía deducida. Contra este

pronunciamiento los demandados interponen recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

- Las disímiles aplicaciones de una misma reglamentación, que establece la implementación gradual y, posteriormente, la obligatoriedad de las notificaciones por medios electrónicos, que ha sido objeto de sucesivas modificaciones y aclaraciones, todo ello en el marco de una materia novedosa, deben necesariamente conllevar una interpretación flexible y contextualizada, guiada por un criterio de razonabilidad, que evite encerronas o sorpresas procesales para los justiciables, pues ese no ha sido el espíritu que inspiró el dictado de esas normas.

Extractos del decisorio:

- *“...las nuevas prácticas relacionadas con la implementación de estos novedosos instrumentos procesales, no gozaban —en esa ocasión— de una generalización y unívoca interpretación que hiciera previsible la sanción dispuesta por el órgano jurisdiccional...”.*

- *“...a la luz de lo normado por el art. 254 del Código de rito y de la conducta desplegada por el órgano de grado, resultaba esperable para los apelantes que el requerimiento para expresar agravios se notificara mediante cédula al único domicilio constituido por ellos hasta ese momento —físico—, o bien se los intimara a constituir el domicilio electrónico, previo a decretar el apercibimiento reglado por el art. 41 del mismo cuerpo legal (v. fs. 582/585, 604 y vta., 608/609 vta. y 614/615 vta. de estos autos y 102 del referido expediente de beneficio N° 35.764)...”.*

- *“Cabe señalar, al respecto, que tan disímiles aplicaciones de una misma reglamentación que ha sido objeto de sucesivas modificaciones y aclaraciones, todo ello en el marco de una materia novedosa, deben necesariamente conllevar una interpretación flexible y contextualizada, guiada por un criterio de razonabilidad, que evite encerronas o sorpresas procesales para los justiciables, pues ese no ha sido el espíritu que inspiró el dictado de dichas normas”.*

- *“...a la luz de las particulares circunstancias de la presente causa, la normativa aplicable al caso y las pautas interpretativas fijadas precedentemente, la Cámara ha actuado con excesivo rigor formal al declarar desierto el recurso de apelación, por haber tenido —previamente— por constituido el domicilio electrónico de los apelantes en los estrados del Tribunal y por notificados ministerio legis del requerimiento para expresar agravios. Ello pues, el apercibimiento fijado resultó sorpresivo y gravosamente desproporcionado para la parte recurrente, configurando una vulneración de su derecho de defensa en juicio (art. 18, Const. nac.), en tanto se privó a los litigantes de la oportunidad de ser oídos o de hacer valer sus derechos mediante la vía apelatoria incoada frente a la condena de desalojo dictada en la instancia de grado...”*

- *“Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y, en consecuencia, se revoca la sentencia impugnada. Los autos deberán volver al tribunal de grado a efectos de continuar según su estado. Las costas se imponen por su orden en atención a las particularidades del caso y lo novedoso de la cuestión resuelta (arts. 68, segundo párrafo, y 289, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)”*

Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Juan Francisco Díaz | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 primavera 2018, 449-453

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e231>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5891-7845>

El despido no puede ser una represalia por el activismo sindical del trabajador

La Corte Suprema de Justicia resolvió revocar una sentencia del máximo tribunal de Catamarca. Además, remarcó que quien alega la existencia de un motivo de discriminación debe mostrar que estaba llevando adelante una actividad en forma regular y protegida bajo las normas que invoca. Por otra parte, la empresa que despide a un trabajador en ese contexto debe demostrar que la decisión no es a modo de represalia.

La Corte no solo revocó el fallo de la justicia provincial de Catamarca si no que amplió la fundamentación para este tipo de reclamos. El voto de la mayoría resalta, en primer término, el estándar de prueba que aplica a la discusión de medidas discriminatorias en el empleo (con cita a los fallos Pellicori 334:1287 y Sisnero 337:611). En estos supuestos, dice “cuando se discute si la medida obedece a un motivo discriminatorio, la existencia de dicho motivo se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón, y, en ese caso, el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación”. (*CSJN “Varela, José Gilberto c/ DISCO S.A s/ amparo sindical”, 4 de septiembre de 2018*).

La Corte Suprema de Justicia ratificó el procesamiento del policía Luis Chocobar

La Corte Suprema de Justicia rechazó un recurso de queja presentado por la defensa del policía Luis Chocobar, quien en diciembre de 2017 mató a un ladrón en el barrio de La Boca. Al ratificar el procesamiento, ahora deberá enfrentar el juicio oral.

El agente de seguridad se encuentra procesado por “homicidio agravado en exceso del cumplimiento del deber” luego de haber matado a un joven que se había escapado tras apuñalar a un turista estadounidense. En ese contexto, la Corte argumentó: “Que el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal. Por ello, se desestima la queja”. La denegatoria fue firmada por unanimidad por todos los integrantes del tribunal. (*CSJN “Chocobar, Luis Oscar y otros s/ incidente de recurso extraordinario”, 30 de octubre de 2018*)

La Corte revocó la prisión domiciliaria de Etchecolatz

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por medio de los votos de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, revocó la prisión domiciliaria que había sido concedida a Miguel Etchecolatz en dos causas por delitos de lesa humanidad.

El Tribunal se basó el precedente “Bergés” para fundar la decisión que beneficiaba al genocida con la prisión domiciliaria. Sólo el ministro Carlos Rosenkrantz votó en disidencia en ambas causas por considerar que los recursos de queja presentados son inadmisibles. (*CSJN “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ incidente de recurso extraordinario” y “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ incidente de prisión domiciliaria”, ambas 30 de octubre de 2018*)

La Corte Suprema de Justicia confirmó que los jueces que ingresaron a partir del 2017 pagarán ganancias

En forma unánime, el máximo tribunal revocó la medida cautelar que les permitía no ser alcanzados por el tributo. La definición fue a raíz de una presentación judicial contra la ley N° 27.346, sancionada a fines del 2016, que estableció que los

magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial cuyo “nombramiento” sea a partir del año 2017 deberán pagar el Impuesto a las Ganancias.

El Máximo Tribunal de Justicia consideró que “no existen razones suficientes para adoptar una decisión cautelar de tal gravedad que exima del cumplimiento de lo ordenado por la ley a los sujetos representados por la actora”. En esa misma línea, agregaron que la ley vigente N° 27.346, sancionada tras una amplia discusión de los poderes del Estado, no ha sido cuestionada en cuanto a su constitucionalidad. Por lo tanto, la norma resulta plenamente aplicable. *(CSJN “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/ EN - Consejo de la Magistratura y otros s/ inc. de medida cautelar”, 27 de noviembre de 2018)*

Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

La Corte bonaerense declaró inconstitucional una ordenanza municipal que prohíbe el uso de fuegos artificiales

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en oportunidad de tratar la acción planteada por la Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales, declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 220/15 del Consejo Deliberante del Municipio de General Alvarado, que prohibió la comercialización y el uso particular de elementos de pirotecnia y cohetería, y el encendido y suelta de globos aerostáticos luminosos, en el ámbito de dicho partido.

El Tribunal sostuvo que la referida ley no ocupa todo el campo de regulación de la actividad vinculada a los fuegos artificiales en el país, ya que se ha reconocido a las comunas un margen de ordenación, como por ejemplo, el caso del referido art. 298 del decreto n° 302/83, que atribuye a los gobiernos locales la potestad de regular sobre el uso o empleo de artificios pirotécnicos de venta libre.

Y destaca que los municipios cuentan con potestades para elaborar normas generales sobre actividades de interés municipal (arts. 191 y 192, Const. Prov.) y, en particular, con aquellas incumbencias municipales delineadas en la Ley Orgánica relativas a la salubridad, seguridad y prevención de molestias a la población, dentro de la que se encuentra la competencia del gobierno local en materia de habilitación y funcionamiento de establecimientos comerciales e industriales (art. 27 inc. 1, dec. ley 6769/58). (*SCBA “Cámara Argentina de Empresas de Fuegos Artificiales contra Municipalidad de General Alvarado sobre Inconstitucionalidad Ordenanza 220/15”, 19 de septiembre de 2018*)

La Corte Bonaerense confirma la aplicación de daño punitivo por la apertura de cuenta sin consentimiento

El Máximo Tribunal bonaerense condenó al Banco Galicia a abonarle a una consumidora la suma de \$20.000 por daño moral y \$1.000.000 en concepto de daño punitivo. Fue a raíz de una deuda que le reclamaba la entidad bancaria por una tarjeta de crédito que nunca le había sido otorgada.

Sostiene la Corte que los hechos y circunstancias que son de importancia en orden a la aplicabilidad del daño punitivo son, por un lado, la falta de información adecuada y veraz a la consumidora, y por otro, la conducta y el proceder reprochable de la entidad. Así, una actuación acorde con los estándares derivados de la buena fe podría haber evitado no sólo la emisión del saldo deudor de la cuenta bancaria, sino también los múltiples menoscabos de índole espiritual y material que atravesó la consumidora. (*SCBA “Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico”, 17 de octubre de 2018*)

La Suprema Corte bonaerense se expidió sobre el estado de cárceles y comisarías de la provincia

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que resultan inadmisibles las condiciones de

alojamiento en que se encuentran las personas privadas de su libertad, debiendo el Poder Ejecutivo en un término razonable dar solución integral a la cuestión involucrada, bajo apereamiento de las responsabilidades administrativas, civiles, penales e institucionales correspondientes.

La decisión llegó a raíz de una sentencia del titular del Juzgado en lo Correccional N°2 de La Plata, en el marco del trámite de una acción de Habeas Corpus, Eduardo Eskenazi, que había fijado una audiencia en el marco del Comité de Crisis a fin de tratar el plan a corto, mediano y largo plazo con el objetivo de revertir la actual situación de hacinamiento en la que se encuentran las personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires. (*SCBA Resolución sobre llamado a Audiencia en “Monasterio y otro s/ Habeas Corpus”, 22 de noviembre de 2018*)

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

James Vértiz Medina | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 454-467

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e232>

Corte IDH. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362.

I. Hechos: Este es un caso de violencia contra la mujer que se inicia con la privación de libertad de Linda Loayza López Soto, quien tenía 18 años al momento de los hechos, por parte de un particular. Durante un lapso de casi cuatro meses fue sometida de manera continua a diversos actos de violencia física, verbal, psicológica y sexual, incluyendo ingesta forzada de alcohol, drogas y medicamentos, golpes que le provocaron traumatismos contusos y hematomas en el rostro, los pabellones auriculares, el tórax y el abdomen, fractura de la nariz y la mandíbula, mordeduras en los labios, mamas y pezones, quemaduras con cigarrillos en la cara y el cuerpo, desnudez forzada, violaciones reiteradas vaginales, anales y con objetos, amenazas y humillaciones, privación de alimentos, entre otras, todo eso hasta que fue finalmente rescatada. Asimismo, en el caso, el Estado incumplió su obligación de investigar en un plazo razonable, y la presunta víctima no contó con un acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

II. Fondo: El Tribunal de San José, más allá del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por Venezuela, se propone determinar la posible atribución de responsabilidad estatal por actos cometidos por particulares; y que son constitutivos de violencia contra la mujer.

En su análisis, la Corte Interamericana desarrolló los deberes del Estado a la luz de la Convención Americana y del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, así como de proteger a las mujeres víctimas de violencia.

Respecto de la obligación general de garantizar, la Corte puntualiza que ésta presupone el deber de los Estados de prevenir violaciones a los derechos humanos, inclusive aquellas cometidas por terceros particulares. No obstante, un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. Además subraya que, la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

En lo que respecta a la obligación de debida diligencia estricta en la prevención de la violencia contra la mujer, la Corte destaca que, la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a este tipo de casos.

En lo que respecta a los estándares sobre la obligación de prevención en materia de violencia contra la mujer, la Corte, trae a la liza, los lineamientos desarrollados por la Relatoría Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas, en los cuales se enlista una serie de medidas conducentes a cumplir con sus obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, a saber: ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en

la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer.

En lo concerniente a la atribución de responsabilidad estatal por hechos de particulares, recuerda que la fórmula utilizada para determinar el alcance de esas obligaciones, y atribuir al Estado responsabilidad por falta en su deber de debida diligencia para prevenir y proteger a personas o a un grupo de personas frente a actos de particulares, fue desarrollada a partir del Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Que, en dicho caso, afirmó que los “deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”.

Repasando su jurisprudencia constante estableció que, para que surja la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de una obligación de debida diligencia para prevenir y proteger los derechos de un individuo o grupo de individuos determinado frente a particulares, es necesario, primeramente, establecer el conocimiento por parte del Estado de un riesgo real e inmediato y, en segundo término, realizar una evaluación respecto de la adopción o no de medidas razonables para prevenir o evitar el riesgo en cuestión.

En esa línea, el deber de debida diligencia estricta ante la desaparición de mujeres exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.

Así, considera que, en efecto, la noticia de un secuestro o de una desaparición de una mujer debe activar el deber de debida diligencia reforzado del Estado, toda vez que esas circunstancias generan un escenario propicio para la comisión de actos de violencia contra la mujer, e implican una particular vulnerabilidad a sufrir actos de violencia sexual, lo que de por sí conlleva un riesgo a la vida y a la integridad de la mujer, independientemente de un contexto determinado.

En este sentido, el Tribunal de San José estableció que, debido al conocimiento del riesgo por parte del Estado a partir de que la hermana de Linda Loayza López Soto denunciara la situación de ésta, se generó para Venezuela una obligación de actuar con la debida diligencia, en el entendido de que, como ya fue expuesto, se trataba de la desaparición o el secuestro de una mujer, lo que podía conllevar a la comisión de actos de todo tipo de violencia y, en particular, de naturaleza sexual.

Ahora bien, la Corte destaca que en este caso, a diferencia de otros, las autoridades policiales no sólo habían tomado conocimiento del riesgo para Linda Loayza, sino que también contaban con la información sobre la identidad del autor, su descripción física y los datos de su teléfono. Por lo tanto, el Estado no sólo conocía el riesgo en que se encontraba Linda Loayza, sino que tenía una posibilidad más concreta de actuar e interrumpir el curso de causalidad de los eventos, en tanto conocía la identidad del agresor. Sumado a ello, la Corte nota que, según surge de las constancias del proceso, la persona denunciada era hijo de una figura pública en Venezuela.

En el caso en concreto, la Corte considera que la falla en el deber de debida diligencia fue manifiesta, dado que el Estado conocía la identidad del agresor y pudo tomar medidas concretas y direccionadas para desactivar el riesgo.

Ante ello concluye, que en el caso concreto, la responsabilidad estatal deriva de la reacción insuficiente y negligente de los funcionarios públicos que, al tomar conocimiento del riesgo, no adoptaron las medidas que razonablemente era de esperarse por lo que no cumplieron con la debida diligencia para prevenir

e interrumpir el curso de causalidad de los acontecimientos, sino que además su accionar causó alerta en el agresor. Ello, sumado a la posterior omisión total para prevenir adecuadamente las agresiones físicas, verbales, psicológicas y sexuales sufridas por Linda Loaiza, pese a conocer la identidad de la persona denunciada, demuestra una actitud tolerante frente a situaciones que por sus características constituyen un riesgo de violencia contra la mujer.

Concluye que, el Estado incurrió en responsabilidad internacional, al menos desde el 26 de mayo de 2001, por los actos de violencia cometidos por particulares en contra de Linda Loaiza López Soto, al haber tolerado actos que violaron sus derechos a la integridad personal, libertad personal, dignidad, autonomía y vida privada, reconocidos en los artículos 5.1, 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento y el artículo 7.a) y 7.b) de la Convención de Belém do Pará.

Igualmente decidió que Venezuela es responsable por la violación del art. 6.1 de la Convención Americana porque, en razón de su grosera omisión, posibilitó la esclavitud sexual a la que fue sometida la joven López Soto.

III. Reparaciones: La Corte estableció, entre otras medidas de reparación, se le otorgue a favor de Linda Loaiza López Soto una beca de estudios para poder concluir con su formación profesional en una universidad local o extranjera en la que sea admitida; asimismo ordenó al Estado a que, dentro del plazo de un año, dicte el reglamento correspondiente de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y que, en un plazo razonable, ponga en funcionamiento adecuadamente los Tribunales de Violencia contra la Mujer en cada capital de estado, tal como está establecido en la ley arriba mencionada.

También dispuso que el Estado adopte e implemente capacitaciones y cursos, de carácter permanente y obligatorio, para funcionarios públicos que, con motivo de su rol dentro

del sistema de administración de justicia, estén en contacto, trabajen o intervengan en casos de violencia contra las mujeres; para profesionales de la salud que conforman el sistema de salud pública y que intervengan en el diagnóstico, tratamiento o acompañamiento de mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia; y a los funcionarios que se desempeñan en las fuerzas policiales y que, en función de ello, intervengan en el proceso de denuncia de hechos de violencia contra la mujer.

Agregando que, todas estas capacitaciones deberán impartirse desde una perspectiva de género y de protección de los derechos de las mujeres, para deconstruir los estereotipos de género negativos o perjudiciales y así asegurar por un lado, que las investigaciones y enjuiciamientos de este tipo de hechos se realicen de acuerdo a los más estrictos estándares de debida diligencia, y por otro, la debida recepción de la denuncia.

Corte IDH. Caso Escaleras Mejía y otros Vs. Honduras. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 361.

I. Hechos. El caso se relaciona con la responsabilidad de Honduras por la muerte del defensor de derechos humanos en causas ambientales Carlos Escaleras Mejía y la situación de impunidad parcial que resultó del proceso penal seguido por la privación de la vida del mismo. Asimismo se destacó que el Estado no otorgó una respuesta judicial efectiva, pues las autoridades policiales, fiscales y judiciales no adoptaron las diligencias iniciales mínimas conforme a los estándares interamericanos para este tipo de casos, y también se atribuyó responsabilidad por la violación a los derechos políticos y la libertad de asociación en perjuicio de la víctima.

II. Fondo. En el trámite del caso ante la Corte, las partes presentaron un Acuerdo de solución amistosa, y mediante el cual el Estado reconoció su responsabilidad por la violación al derecho a la vida, al derecho de asociación y a los derechos políticos del señor Escaleras Mejía, así como los derechos de acceso a la justicia y a la integridad de sus familiares. Sin perjuicio del acuerdo

mencionado, la Corte, con base en el marco de su competencia y valorando la relevancia y magnitud de los hechos, estimó necesario referirse a los derechos violados en el presente caso.

Respecto a la violación del derecho a las garantías judiciales y la protección judicial, el Tribunal de San José recuerda que al tratarse de la muerte de un defensor de derechos humanos, el Estado debe tomar en cuenta su actividad para identificar los intereses que pudieron verse afectados en el ejercicio de su labor. Al respecto, en casos de atentados contra defensores y defensoras de derechos humanos, resalta que, los Estados tienen la obligación de asegurar una justicia imparcial, oportuna y oficiosa, que implique una búsqueda exhaustiva de toda la información para diseñar y ejecutar una investigación que conduzca al debido análisis de las hipótesis de autoría, por acción o por omisión, en diferentes niveles, explorando todas las líneas investigativas pertinentes para identificar a los autores.

De modo que, ante indicios o alegaciones de que determinado hecho en contra de un defensor o defensora de derechos humanos pudo tener como móvil justamente su labor de defensa y promoción de derechos humanos, las autoridades investigadoras deben tomar en cuenta el contexto de los hechos y sus actividades para identificar los intereses que podrían haberse visto afectados en el ejercicio de las mismas, a efectos de establecer y agotar las líneas de investigación que tengan en cuenta su labor, determinar la hipótesis del delito e identificar a los autores.

Por otra parte, el Tribunal Interamericano tuvo por acreditado que en las actuaciones posteriores, se observó que durante el desarrollo de la investigación se omitió practicar pruebas e impulsar exhaustivamente las líneas de investigación que respondieran efectivamente a los indicios que vincularon a autoridades estatales, los que surgieron desde el primer momento

También consideró probado que, durante todo el proceso penal se asignaron alrededor de una decena de fiscales y hubo una demora injustificada en la realización de diversas

diligencias, así como lapsos sin seguimiento o disposición de nuevas diligencias.

Luego de poner de resalto que la labor de las defensoras y defensores de derechos humanos es fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de Derecho, y que el respeto por los derechos humanos depende en gran parte de las garantías efectivas y adecuadas de que gocen los defensores de los derechos humanos para desplegar libremente sus actividades, advierte que es conveniente prestar especial atención a las acciones que limiten u obstaculicen el trabajo de los defensores de derechos humanos.

La Corte igualmente subraya que el derecho a defender derechos humanos, guarda relación con el goce de otros derechos, tales como la vida, integridad personal, libertad de expresión, de asociación, garantías judiciales y protección judicial. Estas garantías, en su conjunto, constituyen el vehículo de realización de este derecho, y permiten un ejercicio libre de las actividades de defensa y promoción de derechos humanos, puesto que solo cuando los defensores y defensoras cuentan con una apropiada protección de sus derechos pueden buscar libremente la protección de los derechos de otras personas.

En cuanto a la violación del derecho a la libertad de asociación, recuerda que el artículo 16.1 de la Convención implica el derecho y libertad de asociarse sin intervención de autoridades públicas que limiten o dificulten ese derecho (obligación negativa), así como el deber estatal de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad (obligaciones positivas)

Por lo que, de las obligaciones positivas referidas se deriva la obligación estatal de garantizar que quienes defienden derechos humanos puedan ejercer libremente su libertad de asociación sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, puesto que, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de organizarse para la protección de sus intereses, los que, en definitiva, son intereses de la sociedad toda.

Respecto de la violación de derechos políticos, si bien el Estado reconoció su responsabilidad, debido a que los actos de hostigamiento y amenazas que sufrió habrían tenido su origen en su participación como candidato a las elecciones y su labor de defensa de derechos humanos, el Tribunal Americano resaltó que el artículo 23 de la Convención protege no solo el derecho a ser elegido, sino además el derecho a tener una oportunidad real de ejercer el cargo para el cual el funcionario ha sido electo, lo que constituye un derecho individual y a su vez colectivo. Al respecto, la Corte considera que en el desarrollo de una participación política representativa, los elegidos ejercen su función en representación de una colectividad, lo cual se expresa tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación (participación directa) como en el derecho de la colectividad a ser representada.

Por lo antedicho, la Corte entiende que la participación política es uno de los derechos por medio de los cuales es posible ejercer la labor de defensa de los derechos humanos.

III. Reparaciones. Entre otras medidas de satisfacción, la Corte homologó: 1) lo acordado sobre la elaboración y difusión a través del canal estatal, de un documental con una duración de diez minutos sobre la vida de Carlos Escaleras y su labor como activista y defensor de los recursos naturales, 2) el acuerdo para implementar talleres de capacitación en temáticas ambientales a docentes del área de secundaria, hasta culminar el año 2018, y 3) la aprobación e implementación de un protocolo de debida diligencia para la investigación de crímenes cometidos en contra de defensores y defensoras de derechos humanos.

Corte IDH. Caso Cuscul Pivara y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

I. Hechos: El caso se relaciona con la violación de diversos derechos establecidos en la Convención Americana en perjuicio de 49 presuntas víctimas que fueron diagnosticadas con VIH

entre los años de 1992 y 2003, a quienes en los años 2006 y 2007 no se les brindó ningún tipo de atención médica, ni efectuó los exámenes requeridos, ni entregó medicamentos antirretrovirales, lo cual tuvo un gran impacto en su situación de salud, a lo que se sumó entre otras, la situación de pobreza en la que vivían.

II. Fondo: Esta sentencia constituye un importante aporte a la línea jurisprudencial de la Corte en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en la que reafirma su ya consolidada doctrina acerca de la justiciabilidad directa de los derechos sociales y del alcance del artículo 26 de la Convención Americana.

En el análisis del caso, el Tribunal advierte que la controversia central se refiere a si el Estado es responsable por: i) la violación al artículo 26 de la Convención Americana, por la afectación al derecho a la salud de las presuntas víctimas como personas que viven con el VIH; ii) la violación a los artículos 4 y 5 de la Convención, por el impacto que la atención médica –o la falta de ella– pudo tener en la integridad personal y la vida de las presuntas víctimas; iii) la violación al principio de no discriminación, en caso de no haberle garantizado a las presuntas víctimas una atención médica integral que tomara en cuenta sus diversos factores de vulnerabilidad como personas que viven con el VIH, especialmente en el caso de mujeres embarazadas; y iv) la violación al principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana, por las alegadas medidas regresivas adoptadas en detrimento de la plena efectividad del derecho a la salud para personas que viven con el VIH en Guatemala.

Pasamos a desarrollar sólo algunas de estas cuestiones.

En lo que respecta al derecho a la salud, y sus alcances a la luz del art. 26 de la Convención Americana, el Tribunal Interamericano realizó una interpretación de dicho dispositivo convencional y para ello recurrió a los métodos de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de

Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, y en el artículo 29 de la Convención Americana, para demostrar que una interpretación literal, sistemática y teleológica de la Convención permite afirmar que el artículo 26 protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, y que éstos pueden ser sujetos de supervisión por parte del Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 de la Convención.

La Corte reitera que de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA se deriva el derecho a la salud, del que derivan obligaciones que tienen una exigibilidad inmediata, así como otras que tienen un carácter progresivo.

Resalta que el Tribunal ya ha reconocido que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población

Igual subraya que la operatividad de dicha obligación comienza con el deber de regulación, por lo que ha indicado que los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad.

Sobre las obligaciones específicas que surgen para la atención a la salud para personas que viven con el VIH, destaca que el acceso a medicamentos forma parte indispensable del

derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, y que el acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH, tuberculosis y paludismo es uno de los elementos fundamentales para alcanzar gradualmente el ejercicio pleno del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

En el mismo sentido, el Tribunal considera que los Estados deben adoptar medidas dirigidas a regular el acceso a los bienes, servicios e información relacionados con el VIH, de modo que haya suficientes prestaciones y servicios de prevención y atención de los casos de VIH. También ha señalado que los Estados deben tomar las medidas necesarias para asegurar a todas las personas el suministro de y la accesibilidad a bienes de calidad, servicios e información para la prevención, tratamiento, atención y apoyo del VIH, incluidos la terapia antirretrovírica y otros medicamentos, pruebas diagnósticas y tecnologías relacionadas seguras y eficaces para la atención preventiva, curativa y paliativa del VIH, de las infecciones oportunistas y de las enfermedades conexas.

La Corte también señaló que una respuesta eficaz al VIH requiere un enfoque integral que comprende una secuencia continua de prevención, tratamiento, atención y apoyo. En primer lugar, esta obligación requiere la disponibilidad en cantidades suficientes de antirretrovirales y otros productos farmacéuticos para tratar el VIH o las enfermedades oportunistas, de modo que el tratamiento antirretroviral debe ser permanente y constante de acuerdo con el estado de salud del paciente y con sus requerimientos médicos y clínicos.

En segundo orden, la Corte recordó que la obligación del Estado de garantizar el derecho a la salud de personas que viven con el VIH requiere la realización de pruebas diagnósticas para la atención de la infección, así como el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades oportunistas y conexas que puedan surgir.

Por último, reiteró que la atención para personas que viven con el VIH incluye la buena alimentación y apoyo social

y psicológico, así como atención familiar, comunitaria y domiciliaria.

También destaca el Tribunal de San José que la obligación de los Estados en el respeto y garantía del derecho a la salud adquiere una dimensión especial en materia de protección a personas en situación de vulnerabilidad, y reconoce que las personas que viven en una situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención médica inadecuada o incompleta.

Una novedad que introduce la Corte en el análisis del caso es su pronunciamiento acerca de la violación del principio de progresividad en materia de derecho a la salud contenido en el artículo 26 de la Convención Americana.

El Tribunal reitera que las obligaciones de realización progresiva de los DESCAs requiere la continua realización de acciones para la consecución del pleno goce de estos derechos. De esta forma, la dimensión progresiva de protección de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables. En esta lógica, la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal. Este riesgo ocurre en relación con personas que viven con el VIH que no reciben atención médica adecuada. Por ende, la Corte considera que el Estado incumple sus obligaciones convencionales de realización progresiva al no contar con políticas públicas o programas que de facto –y no sólo de jure– le permitan avanzar en el cumplimiento de su obligación de lograr la plena efectividad del derecho a la salud.

III. Reparaciones: En materia reparatoria la Corte ordenó como medida de satisfacción el otorgamiento de becas en instituciones públicas a aquellas víctimas que sufrieron un impacto en su desarrollo personal como resultado de violaciones a sus derechos humanos; que el Estado implemente un programa de capacitación para funcionarios del sistema de salud, que laboren en hospitales y unidades de atención médica que atiendan personas con VIH; que el Estado garantice que las mujeres embarazadas tengan acceso a una prueba de VIH, y que les sea practicada si así lo desean; que diseñe una publicación o cartilla en forma sintética, clara y accesible sobre los medios de prevención de la transmisión del VIH y sobre el riesgo de transmisión vertical de éste, así como los recursos disponibles para minimizar ese riesgo.



| OPINIÓN |

No dan dimensión de infinitud palabras como:
*desdeñar/ vanidad/ burguesía/
xenofobia/ destierro/ cocaína.*
Dejan un frío en cambio,
un presagio,
malviven,
huelen a fruta que se pudre,
se convierten en amenaza para el amor.
Por cada estrella que brilla sin furor
hay una palabra masacrada,
por cada rayo que no cae
una canción insípida, un hombre sin labios.
Arrojen entonces desde las terrazas a la calle
sustantivos infaustos que en algún momento
dignificaron el esplendor de nuestra insatisfacción.
Ilusiónense con lo que late imperceptible,
derramen los azules grisáceos sobre el verde,
saquen al sol la poesía que pena,
la cansada de estar muerta,
palpiten.

Autor: *Norberto Antonio*

Arte de la portada: **Leonardo Gauna**

Obra: *En tu corazón esperabas algo más*

Con tu sonrisa como bandera. Una mirada sobre el fallo dictado en el caso de Lucía Pérez

Isabel de Gracia¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 471-479

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e234>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1951-5728>

Salido de las cuevas más profundas del sistema patriarcal. Esa es la impresión que se tiene al leer el fallo por la muerte de Lucía Pérez (1).

Y no cambia esa percepción el hecho de que tengamos por cierto que *“la menor no tenía lesiones compatibles con abuso sexual, el cuerpo no fue lavado y es altamente probable que la muerte se debió (sic) a una intoxicación por el consumo de droga”*. Se descartan también las circunstancias fácticas (empalamiento y muerte por dolor) informadas por la primera fiscal interviniente en el caso. Todo esto ha sido dictaminado en forma unánime por los peritos, según se dice en la sentencia.

Porque lo que resulta interesante de analizar desde una mirada no experta (y aun indignada) no es tanto la absolución por abuso y homicidio en sí misma sino cómo se llega a ella. Es en el propio desarrollo metodológico, en la técnica judicial, en el abordaje de la cuestión que hacen los tres jueces del tribunal en lo criminal N° 1 de Mar del Plata donde se encuentra una de las formas más irritantes de manifestación del patriarcado.

¿Cuáles son los indicadores? ¿Qué es lo que permite hacer esta afirmación?

¹ Abogada, integrante del Colectivo Tercer Piso, Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires.

“Así he podido apreciar detalladamente los distintos chats...advirtiendo a partir de los mismos que fueron intercambios mutuos de información de datos personales (como edades, gustos musicales, personas con las que viven, actividades, etc.) que no demostraban ninguna circunstancia que hiciera presumir la manifestada ultra intención de someter sexualmente a nadie” (punto e. 3 del voto de Carnevale)

Tu vida nos pertenece: *“¿Era Lucía una adolescente que podía ser fácilmente sometida a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento?”*, a partir de esta pregunta y otras de similar falta de pertinencia para demostrar una violación, los jueces se apropian inescrupulosamente de la vida de Lucía. De sus conversaciones privadas, de sus costumbres, de su carácter, hasta de su léxico y ortografía adolescente. Su vida es descripta con lujo de detalles a través de testimonios y principalmente de sus conversaciones por chat. Respecto de los testimonios de las personas más cercanas en el afecto (madre, padre, hermano, amigos), aparece la duda de si era necesario usarlos justamente para fundamentar la opinión de que acá no pasó nada (lo vemos como una consecuencia del abordaje elegido: poner el foco en la víctima). No podemos dejar de pensar que allí hay un primer acercamiento a la crueldad en forma de cinismo despreocupado.

Los chateos de Lucía (*“prueba incontrastable”* y *“refractaria a interpretaciones especulativas”*, según los jueces) son analizados palabra por palabra. Como si la literalidad garantizara algo, como si no se pudiera mentir, engañar, exagerar y hablar *“anfibológicamente”* por escrito. El valor que le dan a este tipo de prueba es realmente perturbador. De esos mensajes se extraen varias conclusiones que no voy a comentar para no reproducir la violencia simbólica de la sentencia. En este sentido, resulta un desafío para la comunicación informar sobre algo humillante sin describirlo; pero se impone hacer el esfuerzo. Basta decir que los tres jueces deducen de los chats hábitos y características de la personalidad de Lucía y de allí dan por probado el presupuesto de hecho que lleva a la absolución: que no fue

abusada, que no hubo asimetría en la relación con los adultos (“...de los chats analizados surge claramente que sus vivencias en este sentido alejan por completo la posibilidad de que hubiera sido sometida sin su voluntad” (sic) punto e. 2. del voto de Carnevale). Hay también un dictamen pericial, pero el abordaje patriarcal decanta gozosamente por el análisis de los chateos, que se diseccionan, se interpretan, y se transcriben durante todo el fallo, en una suerte de evocación –sin talento ni gracia- de los personajes chismosos de Manuel Puig. Ninguno de los jueces duda de estar habilitado no sólo para exponer la vida privada de la adolescente en una sentencia que será pública, sino en extraer obscenamente conclusiones de relevancia altísima (a su criterio) para la resolución de la causa a partir de interpretaciones totalmente subjetivas (y estamos hablando de tres subjetividades masculinas que parecieran tener cero capacidad de empatía, y hasta de conocimiento de lo que pasa en la calle). Si los jueces no saben lo que es cuidar la dignidad de una persona, nos preguntamos cómo podríamos esperar que juzguen adecuadamente a quienes –en el más leve de los casos- no cuidaron a la adolescente, al punto de facilitarle el consumo de drogas hasta desencadenar lo que suponen fue una “*muerte por sobredosis*”.

En esa falta de cuidado por parte de los jueces, en esa apropiación depredadora, en ese “jugar a dios” es cuando vemos que empieza a desplegar su cola el pavo real del patriarcado.

“...olvidando el representante público justamente informar la culminación de ese chat donde [el imputado] le dice a su ex mujer ‘te amo’ “(voto de Viñas, el destacado pertenece al original)

Somos sororos nosotros: Llama la atención (permítaseme usar esta expresión tan criticada en la sentencia) que la actitud de los jueces haya sido “*diametralmente opuesta*” respecto de los varones involucrados en la causa. En relación a uno de los imputados (acusado de abuso) el juez opinante, criticando solapadamente al fiscal por tener que “*recurrir a chats privados*” (es decir, los mismos elementos probatorios de los que hicieron uso

y abuso los jueces pero con relación a Lucía) recordó de pronto el artículo 19 de la Constitución nacional y se negó a analizar el historial de páginas porno en su computadora “*ya que se tratan de situaciones de carácter íntimo que no constituyen prueba de cargo y que deben quedar exentas de la autoridad Judicial*”.

Incalificable el distinto tratamiento que se le da a la vida privada de varones (imputados) y mujer (víctima).

Frente a semejante muestra de violencia institucional, vemos casi como una nota de color o un comentario infantil (si no fuera por la trascendencia que les adjudican a sus propias opiniones) que el mismo juez considere que decir “*te amo*” en un chat descarte la intención de “*cosificar*” a las mujeres.

Aparece el mismo mecanismo de opacamiento de las cuestiones privadas masculinas cuando se menciona la “*particular historia vital*” de uno de los imputados como atenuante de la pena por el delito de comercialización de drogas. Sin embargo –y a pesar de su relevancia procesal- nunca nos enteramos de qué se trata esa historia. En este caso parece que no era necesario exponerla.

“...este último compró facturas y una Cindor para compartir con Lucía en su domicilio. Es evidente que estas actitudes no son las asumidas habitualmente por las personas con intención de cometer un hecho tan aberrante como por el que resulta acusado” (punto e. 4. 1 del voto de Carnevale)

Ella sola, sin que nadie lo notara, se hundió: lo que más choca es que la exposición pública de la víctima se hace en el marco de un concepto de abuso que se desentiende de lo que cualquier persona medianamente informada viene viendo desarrollarse en la normativa y la bibliografía especializada, atravesada por una perspectiva de género y de niñez. Si este fallo quedara firme nunca sabríamos qué fue realmente lo que pasó porque las preguntas que disparan la argumentación de los jueces son tan sesgadas e impertinentes que dejan fuera un cúmulo de situaciones que bien podrían encuadrar como abuso u homicidio.

De esta manera, el fallo no se hace lugar para analizar si -la facilitación del consumo de droga -a una adolescente de 16 años- por parte de un mayor -que vende estupefacientes a menores- y tiene relaciones sexuales con ella -hasta que muere de una sobredosis- no resultan de por sí elementos suficientes para demostrar la situación de vulnerabilidad de Lucía y el dolo eventual. Dicen los jueces que esta actitud del imputado es “*espantosa*”, “*deleznable*”, “*repudiable*” pero que sin embargo “*no reviste calidad de delito*”. No he encontrado en la sentencia ninguna cita de normas relacionadas con los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Por lo contrario, se dice –“*sin ánimo de juzgar*”, por supuesto- que Lucía “*no se mostraba como una chica de su edad*”. ¿Quiere decir que no tenía 16 años? ¿Quiere decir que no murió a los 16 años? No hace falta conocer las leyes para sentir que si fuera una hija nuestra pensaríamos que murió en una situación que por su edad la sobrepasaba, y de hecho la sobrepasó. Pareciera que los jueces, más afectados que “*la sociedad*” por las palabras de la fiscal, hubieran puesto todo su empeño en demostrar que no hubo un típico crimen de género y se hubieran olvidado de que esa chica además de mujer era casi una niña (vulnerabilidad al cuadrado). Y vuelvo a repetir, no lo digo por la absolución, sino por el tratamiento que le dan al caso. Porque en lo personal no acuerdo con la “*expansión punitivista*”, ni el “*castigo ejemplar*”, ni el linchamiento mediático, ni la condena social por portación de rostro, ni el juzgamiento implacable y apresurado de ciertos destinos juveniles que caen en el delito, y la cárcel me parece una institución infausta, pero pienso que ese tratamiento reduccionista que han hecho de la causa ha impedido (aun más que la “*fiscal natural*”) que se haga justicia y, en su caso, que se absuelva a los imputados luego de agotar todas las hipótesis, no sólo las que se relacionan con un concepto de vulnerabilidad, abuso y desequilibrio de poder que atrasa 50 años.

Porque llama la atención (disculpas de nuevo) que habiendo peñado tantos *links* altamente bizarros (entre el mate y el

sexo no consentido, entre la personalidad de una mujer y una supuesta inmunidad contra los abusos, entre los chateos y la verdad) los jueces no hayan considerado la posibilidad de que hubiera una relación entre la edad de la víctima y su situación de vulnerabilidad, entre su condición de “*habitué al consumo de sustancias*” y su dependencia de los proveedores (la propia sentencia menciona un intento de abuso anterior en ese marco), entre el escenario que facilitó el lamentable desenlace y el rol que allí desempeñaron los imputados, entre el estado de inconsciencia por consumo excesivo y la posibilidad de un abuso, entre la causa de muerte y la ocupación del imputado principal. En el fallo, esta falta de exploración de hipótesis que a la primera vista de cualquiera hubieran sido las más aceptables, aparece como una deuda que ojalá sea subsanada en otra instancia.

“...y la connotación de [el imputado] se enfocó [solo] en tomar unos mates” (punto 5.2. del voto de Gomez Urso)

La culpa es de la otra: como si estuvieran viviendo en una burbuja donde no pasa nada (esa es la impresión) adjudican el reclamo de justicia (de un “*castigo ejemplar*” dicen ellos con sus propias y arcaicas palabras, sin advertir que el feminismo también es “*insumiso*” y pone en cuestión el punitivismo que surge de la estructura paternalista de los poderes públicos y sus instituciones jerárquicas) exclusivamente al impacto producido por los dichos de la fiscal. Qué simplista esa mirada sobre el movimiento de mujeres, qué reducido el ángulo de observación sobre lo que pasa en la realidad. Como si las palabras (fuertes, dolorosas, dicen que inexactas) de la fiscal hubieran traccionado sobre la nada misma, sobre un estado de situación de bienestar para las mujeres donde no ocurre un femicidio cada día y medio. Como si la indignación acumulada (que desató el primer paro de mujeres) fuera casual y no hubiera podido surgir con el caso anterior o con el próximo, como si resultara improbable que una mujer pudiera morir asesinada por empalamiento, o como si fuera necesaria semejante saña para lamentar la pérdida de la vida de una adolescente. No fue la

fiscal “*la que movió un país*”, fue el genocidio en cuentagotas que produce el sistema patriarcal.

El aislamiento contextual de las palabras de la fiscal (tan duramente criticada en la sentencia que no hace falta reiterarlo) y la suposición de que el reclamo de justicia se ata únicamente a ese hecho puntual, revelan un desconocimiento y una subestimación del movimiento feminista a niveles no ya preocupantes, porque estamos preocupadas hace tiempo aunque el poder judicial no esté enterado, sino alarmantes (hay que reconocer que quizá si los jueces tuvieran menos poder de decisión el problema sería menor). Acá, según los sentenciantes, la fiscal tiene la culpa de la movilización popular y la propia víctima de 16 años de la exposición al peligro y la sobredosis. Pareciera que los únicos que son capaces de salir indemnes del complejo entramado de la realidad y los laberintos estatales fueran sólo los tres jueces.

“..lo cierto es que ella había arreglado un encuentro donde iba a verse con [el imputado] a solas y lo de la rapidez o fue una excusa o una errónea apreciación del testigo porque una cita que incluiría mates y facturas (chat #73, día 8 de octubre de 2016, 8:43:43 a.m.) difícilmente sería tan breve.” (punto e.3 del voto de Carnevale)

Nada escapa a nuestro intelecto: los jueces coronan la mirada patriarcal sobre el caso diciendo que ellos “*no desconocen la existencia de la llamada violencia de género*”. Dejemos de lado la formulación de la frase, que pone más dudas que certezas sobre la llamada “*absoluta consciencia*” que tienen de la cuestión. Lo que quieren es seguir blindando su sentencia. Qué desparpajo. No basta citar tres o cuatro convenciones internacionales y dos o tres causas donde ese mismo tribunal condenó a un femicida para demostrar que saben de qué se trata la violencia hacia las mujeres. Todo el abordaje del caso para llegar a la conclusión final desmiente –muy a pesar de ellos- esa afirmación.

Repasemos: sensibilidad disminuida, exposición innecesaria de la vida privada y falta de cuidado de la adolescente, revictimización, utilización de categorías de análisis arcaicas,

arbitrarias y estigmatizantes, apropiación simbólica de cuerpos y territorios ajenos, uso de chivos expiatorios para desviar la atención, subestimación de las movilizaciones de mujeres y del gravísimo estado de situación, asertividad androcéntrica en grado superlativo, autocomplacencia (nuevamente dejamos afuera a la absolución).

Este derrotero a los tropezones incluye todo tipo de descalificaciones e instrucciones hacia los demás (“*impresentable*” le dicen al eviscerador, “*irreflexiva y poco profesional*” a la perito, “*insensata, imprudente e irresponsable*” a la primera fiscal, que actuó “*pour la galerie*” al fiscal actual, que “*evidentemente formó un preconcepto del que a todo el mundo le cuesta despojarse*” a una representante del Consejo de la mujer (así valoraron a la persona que fue a “*ilustrarlos*” sobre violencia de género), que “*no estuvieron a la altura de las circunstancias*” a los operadores que forman parte del sistema penal, que están “*regidos por la política y no por la ley*” a quienes no queden conforme con la sentencia, que se dejaron arrastrar “*por una bola de nieve*” a los grupos de derechos humanos, que deberían realizar “*un proceso psicológico de aceptación*” y recibir la nueva perspectiva judicial “*con beneplácito*” a los padres y el hermano de Lucía. Y paralelamente desarrollan un largo repertorio de halagos entre ellos mismos y su propia tarea, a la que califican de “*detallada*”, “*razonada*”, “*certera*”, “*íntegra*”, “*pormenorizada*”, “*meticulosa*”, “*prolija*”, “*precisa*”, “*valiosa*”, “*exhaustiva*”.

¿Es posible ser tan perfecto dentro de un sistema tan defectuoso? La pregunta no lleva sarcasmo, sino apenas la intención de buscar visibilizar la omnipotencia que tiene implícito ese lugar de enunciación de los operadores del patriarcado.

Es que se trata de una sentencia didáctica y “*muy clara*” en ese sentido porque desnuda el funcionamiento de las cabezas que sostienen el sistema patriarcal. Con una ingenuidad que posiblemente derive de la impunidad que han usufructuado durante siglos, los tres jueces nos muestran, sin siquiera darse cuenta, o quizá creyendo incluso que están del otro lado del

mostrador, cómo funciona por dentro la usina de atropello de dignidades. Estas licencias son privilegios que ya no resultan admisibles en este siglo XXI y menos en funcionarios públicos. Nadie sabe todo. Todxs hemos sido educadxs dentro del sistema. Si los jueces no están capacitados en cuestiones de género y estuvieran genuinamente interesados en modificar esa condición, pueden estudiar, formarse, pedir asesoramiento y ayuda, o por lo menos hacer leer la sentencia por una especialista antes de darla a conocer. No hace falta simular lo que no se es. Este sinceramiento sería un gran aporte para empezar a pensar un mundo donde podamos vivir bien. No se va a caer nada importante, salvo el patriarcado.



| TRABAJOS DE GRADO |
Y POSGRADO

Era delito ser joven y no rebelarse,
tener lengua que habla pero no dice,
contemplar el cadáver de nuestro enemigo
con la conciencia del alma.

Hoy se ve un camino humeante de escépticos:
donde hubo cielo no queda siquiera
un azul culposo.

Debe haber para nosotros algún perdón
por habernos traicionado honestamente.

Autor: Norberto Antonio

Arte de la portada: Leonardo Gauna

Obra: Me derrumbo con facilidad

Detenciones arbitrarias y función policial: una mirada crítica

José M. Maitini | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 483-501

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e236>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0866-682X>

Resumen: El siguiente trabajo se enmarca dentro del Seminario de Grado para la finalización de la carrera de Abogacía de la UNLP del año 2018. Dentro del marco del seminario “Abogacía Popular y Derecho Crítico. Una mirada alternativa del derecho y del ejercicio profesional” (dirigido por la Dr. Carola Bianco), uno de los ejes de estudio fueron las detenciones arbitrarias y la criminalización por estereotipo. El trabajo se orienta en sendas temáticas, con la inclusión de un segundo apartado que incluye reflexiones a la posibilidad de los agentes policiales de vestirse de civil durante las manifestaciones públicas, sus alcances y limitaciones.¹

Un poco de historia

“Entonces, como siempre, en el mecanismo del poder ha existido una utilización estratégica de lo que era un inconveniente. La prisión fabrica delincuentes, pero los delincuentes a fin de cuentas son útiles en el dominio económico y en el dominio político. Los delincuentes sirven”

Michel Foucault, *Microfísica del poder* (1980)

¹ Agradezco la lectura y corrección de Abog. Damian Brumer y de la Dra. Carola Bianco. A ellos mi más afectuoso cariño. Agradezco también a Sabino que, habiendo finalizado sus veinticinco (25) años preso, me dio el privilegio de haberme recibido con él. Él fue mi mayor seminario.

Cuando hablamos de teoría del derecho penal nos referimos al estado administrando castigo. La administración de castigo es una manifestación del *ejercicio de la violencia legítima* del estado, como afirmaba Max Weber. Un mecanismo de poder que se pone en funcionamiento ante una conducta ilícita y que trae como consecuencia una pena (un hecho político). Hay cuatro causas (legales) por las cuales (hoy) una persona puede ser detenida: a) por cometer un delito (acción típica, antijurídica, culpable y reprochable) b) por ser sorprendido in fraganti cometiéndolo; c) por contravención y d) (la tan famosa) “averiguación de antecedentes”. Ponemos comillas a ésta última opción por una simple razón: en esta primera parte del trabajo vamos a problematizar su concepto. Intentaré demostrar, como afirma Foucault, la utilización estratégica del inconveniente.

En el plano nacional, el viejo Decreto Ley 333/58 establecía que eran facultades de la policía federal: “detener con fines de identificación por veinticuatro (24) horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1958)². Una clara inconstitucionalidad de esos años; años del peronismo proscripto: una restricción a la libertad ambulatoria que violentaba la función elemental de la policía, que es ejercer la coacción directa³. La detención por “averiguación de antecedentes” del antiguo decreto ley no tenía (ni tiene) ningún tipo de justificación constitucional: no hay lesión ni peligro concreto de lesión. No hay delito de ningún tipo, sólo una mera peligrosidad “sobrante” por tener

² En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20983/norma.htm>

³ Entendemos la coacción directa como la posibilidad de *detener un curso lesivo actual e inminente*, tal como lo analiza Zaffaroni en su *Manual de Derecho Penal (6ta Edición)*. En este caso, el “antecedente” no tiene que ver con ningún curso lesivo “actual e inminente”. Por esos años, se utilizaba esta norma para detener (simplemente) por “peligrosidad residual”; como bien se podría decir hoy con las prisiones preventivas (eufemismo para no tener que decir *pena anticipada*) de algunos ex-funcionarios del anterior gobierno. Por esas épocas también se detenía por otro mérito policial: su olfato. El policía conoce la calle, el policía olfatea el delito y al delincuente. El panorama violentaba (y aún hoy quizá violenta también) la presunción de inocencia constitucional.

“alguna antigua relación” con un hecho delictivo “ya pagado”. Las comillas usadas son varias puesto que era (y a veces son) los argumentos utilizados para detener. Para ir destruyendo algunos mitos y dejar mi postura clara desde un principio: la “averiguación de antecedentes” (mejor sería decir, “averiguación de identidad”) culmina, estrictamente, cuando uno muestra su DNI. Cuando uno muestra el documento nacional de identidad. Allí termina toda indagación. Sin embargo parece ser que, como lo plantea el antiguo decreto, allí no termina nada sino todo lo contrario. Allí comienza.

En 1991, la ley 23.950⁴ reformó este punto crucial. De la “averiguación de antecedentes” se pasó al nuevo inciso, que marcaba que se podía detener con orden de juez competente. Pero inmediatamente afirma: *Sin embargo*. Es decir, puede no haber orden de juez y *sin embargo*, ser detenido siempre que “existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo y que no haya acreditar fehacientemente su identidad” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1991). Establecía también otros motivos: “en ningún caso podrá ser demorado por tiempo máximo de diez horas” (ídem); también se establece la prohibición de ser alojados en los mismos espacios donde se detienen a aquellos que cometieron delitos o contravenciones. Las “razones debidamente fundadas” es expresión poco amigable, de muy poca precisión legislativa, que vulnera el principio de inocencia y que deja al arbitrio de la policía de turno (a merced del que tiene el arma, de quien ostenta la fuerza) la posibilidad de detener. La *fuerza-ley* en este caso acompaña la *fuerza simbólica* de quien porta un arma y quien es llamado a mantener el orden y la paz social⁵. La noción en la cual se establece que *nadie puede arrestado sino en virtud de orden escrita*

⁴ En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/350/norma.htm>

⁵ En la segunda parte del trabajo voy a hondar en la justificación necesaria de que existan las fuerzas policiales, en toda la importancia que suponen para una Nación. Sin embargo, la estructura del orden social se configura de manera tal que son *en ellos (paradójicamente) en donde* se descarga la primera herramienta para violentar las garantías constitucionales.

de autoridad competente (tal como lo menciona la constitución nacional en el art. 18) queda totalmente desvirtuada.

Pero la normativa en cuanto a las detenciones arbitrarias y las funciones de los policías no se agota allí. La ley 13.482 de la Provincia de Buenos Aires, en el año 2006, establece en su artículo 13 que el personal de policía deberá adecuar su conducta bajo los principios básicos de actuación policial para: “prevenir el delito y proteger a la comunidad (Ley de Unificación de las normas de organización de las policías de la Provincia de Buenos Aires, 2006)⁶; también el policía debe “observar en su desempeño responsabilidad, respeto de la comunidad, imparcialidad e igualdad en el cumplimiento de la Ley”; como también “asegurar la plena protección de la integridad física, psíquica y moral de las personas bajo su custodia” (ídem); o “no cometer, instigar, tolerar ningún acto de corrupción” El inc. f del mismo artículo hace mención a la “coacción directa” previamente mencionada y “utilizar la fuerza en la medida estrictamente necesaria”. Por otro lado, una actuación llamativa de escaso incumplimiento es el inc. g, que dicta: “cuando el empleo de la fuerza y de armas de fuego sean inevitables, se deben identificar como funcionarios policiales y dar una clara advertencia de su intención de emplear la fuerza o armas de fuego” (ídem).

¿Imaginan a un policía dando la orden, advirtiendo, que va a utilizar la fuerza, en pleno caos social? Otra pregunta que deja pensando también: ¿cuándo el empleo del arma de fuego es *inevitable* y cuando es *evitable*? Siempre se dejará al análisis del caso concreto. Pero aun así, la redacción legislativa es ambigua. Todo muy confuso. Todo muy abierto al vértigo de sus interpretaciones.

Un gran profesor de esta casa de estudio dijo “Creo *en* el derecho, no le creo *al* derecho”. Todos sabemos que el derecho no se cumple. Que las leyes están y sin embargo se incumplen. Todos sabemos que muchos derechos *nacen* muertos. De allí que no *le creamos*. No le creamos *al* derecho cuando pide

⁶ En línea en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13482.html>

“utilizar la fuerza en la medida estrictamente necesaria” porque nada de esto se cumple. Todo lo citado previamente al lector le parecerá un buen acto de comedia teniendo en cuenta los hechos que vienen sucediendo en los últimos años: policías encapuchados, patentes ocultas, policías vestidos de civil⁷, cuerpos en los ríos, tiros por la espalda... en definitiva: la realidad choca de lleno con el texto de la ley. Pero sin ley, sin embargo, tampoco hay organización social ni lucha posible: de allí que creamos *en* el derecho y no *a* él.

Pero continuemos. El artículo 15 establece que la policía está facultado para “limitar la libertad de las personas únicamente (el subrayado es propio) en los siguientes casos: “a) orden emanada de autoridad competente b) supuesto del Código Penal Procesal o ley contravencional de aplicación al caso” (ídem) y en su inc. c “cuando sea necesario conocer su identidad, en circunstancias que razonablemente lo justifiquen, y se niega a identificarse o no tiene la documentación que lo acredita (...) por un término no mayor de 12 horas” (ídem).

Hemos dicho que las detenciones por “averiguación de antecedentes” no tiene ningún justificativo constitucional y que las “circunstancias debidamente fundadas” comprende un término ambiguo, de interpretación hondamente laxa. Sin embargo, no seamos ingenuos tampoco: no deberíamos (en ciertos casos) sacar la constitución de la mochila como bandera y negarnos contra el pedido policial. Una respuesta práctica tendrá que contemplar el análisis de las correlaciones de fuerzas al momento de los hechos y ver los costos/beneficios de la reacción. En cada caso concreto tendrá que analizarse las ventajas y desventajas y obrar en consecuencia. ¿De qué se nos puede acusar al momento de la detención? ¿qué delitos son esgrimidos, habitualmente, para efectivizar una detención? Esto es lo que intentaremos responder en el siguiente apartado.

⁷ Éste punto voy a desarrollarlo en la segunda parte del trabajo, cuando hable de la poca identificación de los policías y de los policías vestidos de civil durante las manifestaciones públicas.

Grupo de tipos penales básicos para detener

El grupo de tipos penales básicos por el cual se acusa a alguien de cometer un delito son básicamente cuatro: delito de *resistencia a la autoridad* (art. 237), delito de *daños* (art. 183), delito de *lesiones* (art. 89) y delito de *intimidación pública* (art. 211) (utilizado éste último de manera discrecional para las detenciones mientras se ejerce otro derecho, el derecho de huelga).

Para Matías Alejandro Mancini y Leonardo Pitlevnik (Revista de Pensamiento Penal) la *resistencia a la autoridad* supone “la acción punible desplegada por un particular que afecte a la administración *desde fuera* de ella” (S/A, en línea). Otros delitos que también se realizan desde fuera de la administración son los delitos de *atentado contra la autoridad*, la *desobediencia* a ésta, la *falsa denuncia* y el *falso testimonio*. Por otro lado, están los delitos “*desde dentro* de la misma”, como son: a) jueces que mantienen a personas detenidas más allá de los plazos legales b) funcionarios que aceptan dádivas o exigen indebidamente su pago a un tercero. “Atentado” (aclaran los autores) no es “resistencia” (Ídem): si la primera supone una intimidación para que el funcionario haga o deje de hacer un acto propio de su función; la segunda, la resistencia, supone una oposición a la acción directa del funcionario para que, por medios violentos, no haga algo (ídem). Acá podemos observar cómo se logra la cuadratura del círculo: el policía que no cumple con su deber de proteger ni de identificarse (porque esa es una de sus funciones) pasa a detener, justificándose en lo que la ley llama “razones debidamente fundadas”. Él no cumple su función, no cumple la ley; pero es el primero en obligar a hacerla cumplir en los otros. ¿Cómo no creerle *al* derecho así? Por supuesto que no se le cree.

Los *delitos de daños* implican “destruir, inutilizar, hacer desaparecer o de cualquier modo dañar una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno” (Código Penal Argentino, en línea). Con este criterio, romper un banco de una plaza es motivo suficiente para detener. Ya uno allí comete

delitos. Estrictamente es cierto, pero el principio de razonabilidad pondría una valla a la posibilidad de detención.

Los *delitos de lesiones*, como ya sabemos, se distinguen en leves, graves y gravísimos; sea que causen un daño en la salud y cuerpo del otro; sea que produzcan una “debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro” (ídem); sea que impliquen “una enfermedad mental o corporal” (ídem). Los dos últimos delitos son claros justificativos de una sanción de privación de libertad; el primero, sin embargo (las lesiones leves) sería también otro motivo, otra “razón debidamente fundada”, para detener e imponer un castigo sobrepasando los límites razonables.

El *delito de intimidación pública*, por último, se configura cuando la persona “infunda temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común” (Ídem). Agrava cuando “se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública (ídem). El art. 212 suma otra variante: “el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación” (ídem).

Por la sola incitación. Como puede verse, el abanico para actuar es muy vasto. Las posibilidades para acusar a alguien de delincuencia, de acusar a alguien cuando (supongamos) se está realizando una manifestación pública, cuando se está ejerciendo el derecho de la huelga, es amplísima. La sanción con pena privativa de libertad por realizar estas conductas son los puntos nodales de los jueces para poder administrar castigo de manera anticipada. Supone también la vía libre del accionar policial para justificar una detención, por más burda que parezca. Y el Código Penal colabora en esto. Sancionando estas conductas con herramientas pocas claras, dando argumentos que justifiquen las detenciones. Para pensar de nuevo: muchas veces policías y fiscales -fundándose en la legalidad, en el derecho- terminan operando *contra* la legalidad, contra el derecho, violentando los principios básicos de inocencia, razonabilidad y legalidad. Esta contradicción es un

umbral muy fino, intersticial, que se vuelve obligatorio pensar y reflexionar. ¿Qué han dicho los jueces, justamente, del derecho sobre el derecho mismo? Pasamos ahora a señalar ciertos fallos de trascendencia relacionados a la temática.

Análisis jurisprudencial.

Causa Lucas Oscar s/habeas corpus preventivo y Fallo Vera

En la Causa *Oscar s/habeas corpus preventivo*, la Cámara de Apelaciones y Garantías de Mar del Plata ha dicho, citando la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que las facultades policiales no pueden significar “una carta en blanco para que la policía prive de libertad a cualquier ciudadano que les resulte sospechoso, ya que ello constituye un agravio para el Estado de Derecho y una injerencia arbitraria y abusiva en la intimidad de las personas” (CAyG MdP, Sala 2da c. 10852 “Wekesser, Martín s/ incidente de nulidad”, rta. 4.10.2006, reg. 246, voto del señor juez Marcelo Madina al que adhieren los señores jueces Reinaldo Fortunato y Walter Dominella). La Cámara hace hincapié en la arbitrariedad policial, la afectación a la dignidad humana y la violación a la “acción privada de los hombres” (art. 19 CN). La selección policial se constituye, para la Cámara, siempre por estereotipo, lo que también Zaffaroni en su Manual de Derecho Penal llama criminalización secundaria. Ésta supone una pena a la persona por lo que sencillamente es, por encuadrar en “la cara del robo con arma”, y nunca por lo que estrictamente hace.

Otra vertiente importante para morigerar esta criminalización es por medio de la utilización de la tecnología. El uso de sistemas informáticos podría utilizarse en la búsqueda de los datos de una persona determinada. Si bien la criminalización por estereotipo opera en todas partes del mundo, algunos autores creen que la tecnología sería una posibilidad para morigerarla. Habrá que ver, al mismo tiempo, que tampoco se manipule su información personal. Un equilibrio necesario que debe resguardarse.

Lucas Oscar permaneció privado de su libertad sin posibilidad de comunicar su situación de detención a ninguna persona de confianza, cuando la misma ley 13.482 prohíbe esto. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido sobre esta cuestión que: “El detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona que está bajo la custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda” (Corte IDH. Caso Bulacio Vs Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C Nº 100). Sofía Caravelos (2004), en *Documentos por favor. La policía en las calles* afirma que las detenciones policiales, en los pasillos de la Procuración General de la Corte “no eran incluidas en ningún apartado (...) las partes que remite la agencia ejecutiva al Juez de Garantías, terminan perdidos en la vorágine de las urgencias que se califican de mayor gravedad” (p. 112).

Por otro lado, el fallo *Vera* supone un retroceso de todo lo que venimos exponiendo. El tribunal omitió los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Bulacio vs Argentina” del año 2003: respeto de los derechos fundamentales, privación de libertad estrictamente sujeta a la ley y al procedimiento objetivo. El Estado, en ese fallo, asumió la obligación de garantizar la no repetición de casos como la muerte de Bulacio y de adecuar la normativa. Lo único que se utiliza como argumentos en el fallo *Vera* es el antiguo Decreto Ley 333/58. Si bien tiene reformas, éste se mantiene vigente y tiene conceptos vetustos como “registro de vecindad”, concepto que utilizó uno de los jueces para dar vía libre a los policías a pedir identificación a cualquier persona que se mueva en algún barrio. La policía se auto-regula de esta manera, sin ningún tipo de control ni de publicidad.

Como conclusión de este apartado tenemos que aclarar que el Estado tiene la potestad de identificar a las personas, pero esto no implica que se deba convalidar la privación de libertad por mera “sospecha” o “peligrosidad”. Más argumentos aún a nuestro favor cuando se sabe que la facultad se ejerce de manera selectiva y arbitraria: sin comunicación a los órganos judiciales

y aislando al sujeto; sin darle la posibilidad de comunicación a sus familiares. El juzgado de instrucción de la 13era Nominación de Rosario declaró la inconstitucionalidad del art. 10 inc. B de la ley orgánica de la Policía Provincial 7395. Del mismo modo, en la ciudad de Buenos Aires, el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción del Dr. Marcelo Faimberg (en una causa de habeas corpus a favor de Oscar Coria) declaró la inconstitucionalidad del art. 5 inc. 1 del decreto ley 333/58, en razón de entenderse que la norma afectaba la garantía del art. 18 de la C.N, atribuida exclusivamente a los jueces y no a los policías.

Quizá nuestro problema se deba a la estructura misma del Poder Judicial y de nuestro débil control de constitucionalidad. Eugenio Zaffaroni, en un charla en la parte de postgrado del Rectorado de la ciudad de La Plata, se preguntaba en voz alta, sin encontrar respuesta (cito de memoria): “¿Cómo puede ser que, depende el juez que a uno le toque, fumarse un porrito puede ser considerado delito en un caso y en otro caso una acción privada de los hombres? ¿Cómo puede ser que la respuesta sea tan azarosa, depende qué juez te toque? *Esto no lo podemos permitir. ¿Cómo puede ser que el control de constitucionalidad sea difuso, que quede en manos de todos los jueces? Cuando queda en todos es porque no queda en ninguno. Hay que pensar en un Tribunal Constitucional que de una única y posible interpretación a las muchas existentes que pueden existir*”. Quizá el problema resida en el mismo control que habilita estos excesos. Bien kafkiano: todo realizado en nombre del derecho y todo sin saber bien por qué. En la segunda parte del trabajo, a continuación, expondré algo más perverso aún: los policías vestidos de civil durante las manifestaciones públicas. Allá vamos.

Segunda Parte.

Policía vestidos de civil, los “delincuentes” e ideas cortas

Esta segunda parte (más kafkiana como adelantamos) quisiera comenzarla con una anécdota universitaria. El año pasado, durante las clases de práctica penales, la profesora en cuestión

(no importa ahora el nombre, tampoco tiene sentirlo mencionarla, simplemente a los efectos de poder plantear la problemática) afirmó, de manera sobreactuada e insidiosa, que (y cito más o menos de memoria) *los policías, en su función de prevención, pueden estar vestidos de civil en las manifestaciones públicas, sin identificación. Si su función es prevenir, entonces que prevengan. No hay necesidad de que utilicen uniforme.* Si bien en ese momento callé, la sentencia me dejó pensando. Me permito ahora, realizando este trabajo y varios meses después, elegir no callar y poder darle (y darme) una respuesta aunque la profesora en cuestión quizá nunca se entere.

¿A qué se debe esta afirmación? Me he llegado a convencer que la respuesta es simple: a falta de información. O quizá peor: a falta de conocimiento. No hace falta ser un especialista para intuir una especie de engaño en esa sentencia de nuestra profesora en cuestión. Más precisamente en tiempos como los de ahora. Tiempos donde sobrevuela, amenazante, el “*si pasa, pasa*”. Tiempos de deterioro del estado de derecho y tiempos de retorno al estado de policía. O quizá mejor dicho: tiempos de retorno de someterse arbitrariamente a quien manda. Como recuerdo al *hombre de altas pestañas*⁸ de Virginia Woolf y para evitar la simplificación, esta vez me detuve e intenté rastrear el sustento jurídico de esta afirmación. Como le gustaría decir a la británica: *lancé el espíritu al galope, persiguiendo una idea.* Comparto aquí, en esta acotada crítica y en esta segunda parte del trabajo, a las conclusiones lentamente arribadas.

⁸ Virginia Woolf distingue entre los “lowbrow” y los “highbrow”, las personas de “bajas pestañas” y las personas de “altas pestañas”. En 1942, en el texto “Middlebrow” de *The Death of the Moth* (La muerte de la polilla y otros relatos, The Hogarth Press, p.113 y 114) Woolf define a los “lowbrow” como “al hombre o la mujer de una vitalidad pura sangre, que se monta al galope sobre su cuerpo, persiguiendo, durante toda su vida, sus propias condiciones de existencia”. En tanto que la persona “highbrow” como el “hombre o la mujer de una inteligencia pura sangre, que lanza su espíritu al galope persiguiendo una idea”. Los “middlebrow”, del cual lleva el nombre del ensayo, están entre medio de ambos: “están entremedio a la prosecución de un objeto que no es ni el arte ni la vida, sino los dos mezclados indistintamente entre sí, y de manera algo repulsiva, al dinero, a la gloria, al poder y al prestigio”. Interesante “panorama” de la naturaleza humana que realiza Woolf en este ensayo y que invito a su lectura.

Realicemos un corte temporal y vayamos por acá, cerca en el tiempo, con el Reglamento del Ministerio de Seguridad de la (ya bastardeada mediáticamente) Nilda Garré. El decreto N° 2009 del año 2010, en su punto 11, noquea de lleno la afirmación de nuestra docente: “es obligatorio para todo policía y fuerza de seguridad que intervienen en operativos, portar identificación clara que se advierta a simple vista en los uniformes correspondientes” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Infoleg, 2010).

Pero cambia el gobierno, viene la alegría y su revolución, viene Patricia Bullrich y la situación se modifica. Redactan el extravagante y polémico “Protocolo de Actuación de la fuerza de seguridad”. Gran eufemismo para- en la realidad del llano- querer maniatar el derecho a la huelga. Un derecho que, justamente, se mide en el terreno. Nunca con una ley. Gran título protocolar para -ingenuamente- sostener que “*el derecho de uno termina donde empieza el derecho del otro*”. Un alumno de derecho de primer año puede, en su inocencia intelectual, esgrimir este argumento. En un ministro supuestamente formado, esto es menos perdonable. Es muy sencillo demostrar las groserías lógicas de esta redacción, incluso tomando la propia letra del documento. Pasaré a comentarlas.

Empecemos por el primer gran error: el protocolo enumera derechos que entrarían en conflicto con los “cortes de ruta”. Por un lado -nos dice el Protocolo- hay derechos como la expresión, derecho a reunión, derecho a peticionar frente a las autoridades. Por otro, se encuentra el derecho a transitar libremente. Primera crítica: *las personas no se movilizan por su derecho de expresión, sino en nombre de otros derechos fundamentales* (la salud, la vivienda, el trabajo). No es que llegar a casa no importe. Es simplemente entender que hay derechos, en un contexto puntual, que pelean un solo espacio. Lucha en la cual uno gana y otro, *inevitablemente*, pierde. Alguien tiene que decir cuál. Y más importante: alguien tiene que decir por qué.

Esta es una discusión que excede este trabajo, pero en resumidas cuentas voy a arribar a lo que quiero decir. Siempre tendrá

que analizarse el caso concreto; pero el juez William Brennan en el famoso fallo *New York Times contra Sullivan* (fallo que recepta la real malicia. Fallo en momentos de represión de las marchas de Martin Luther King en los Estados Unidos) sostuvo que -frente a choque de derechos- “*siempre prevalecerá el derecho que esté más cerca del nudo democrático de la constitución*” (citado de Gargarella, 2015, p. 27).

Ahora, preguntará el lector: *¿Qué me quiere decir señor William?* ¿Cuál es ese *nudo democrático* del que habla? Para el choque de derechos que nos compete (derecho a huelga versus derecho a transitar libremente), el *peticionar contra las Autoridades*, contra los que nos gobiernan, prevalece sobre la *posibilidad de transitar* porque en un sistema republicano (como el nuestro) la discusión debe mantenerse abierta, sin trabas y desinhibida contra el gobierno y sus funcionarios. Éste es nuestro nudo democrático. Esta es la base de nuestra llamada “República”. Es el pueblo, participando de la cosa pública. Es el pueblo, deliberando y gobernando por medio de sus representantes. Y cuando los derechos más trascendentes suelen ser afectados por obra y falta de sus mismos representantes, por las mismas autoridades, por el mismo Estado: ¿Cómo se puede entender querer limitar ese debate? A ésta conclusión llega William en EEUU; a ésta conclusión, salvando las diferencias contextuales, podría concluir también este caso.

Pero ahora vayamos a algo más burdo aún. Al bolazo cósmico nunca visto. Al “corte de calles” el Protocolo lo cataloga como delito *de flagrancia* (art. 194 Código Penal). Es decir, el piquetero como delincuente por “*entorpecer el normal funcionamiento del transporte por tierra*”. Todo está mal enfocado. Se está hablando de delincuentes cuando el Estado es parte del problema. Están en juego derechos fundamentales y la omisión del Estado convierte a los que ejercen el derecho a huelga en delincuentes. Como se pregunta Gargarella (2015) en una de sus notas: “¿Si el Estado omite sus obligaciones constitucionales ¿no será él, entonces, el primer criminal?” (p. 56) El sistema institucional es aciago, conlleva desgracia y se tilda de

delincuente a los que se reclaman por vulneraciones que son -justamente- hechas por las propias manos del Estado. En la escuela del mundo del revés de Galeano, las reglas se imponen. En la escuela del mundo del revés todavía no se enseña que las reglas se construyen de manera colectiva.

Pero nos fuimos de tema. Volvamos a la identificación “a simple vista” de las fuerzas de seguridad en las manifestaciones públicas. No hay una sola mención a dicho problema en este Protocolo. He aquí que nuestra profesora podría decir: *¡Aja! ¿vivo? Nada dice.* Pero como nos detenemos a examinar, sin llegar rápido a conclusiones, nos chocamos con una gran sorpresa: el Protocolo no está publicado en el Boletín Oficial. Haga el mínimo esfuerzo. Lo invito a que busque. No está. Y es conocido por todos que una ley, para entrar en vigencia, es necesario y obligatorio que se publique en el Boletín. Esto llevó inclusive a Amnistía Internacional (2018) a afirmar que este Protocolo carece de formalidad ministerial, que al no estar publicado rige el anterior, el de Nilda Garré. Amnistía agregó, además, que “están preocupados por el incremento de la represión, criminalización y armado de causas contra quienes reclaman por sus derechos”⁹. Nos dijeron convencidos que querían “volver al mundo”. Gratificante manera de hacerlo, ¿no parece?

Vayamos ahora a la ciudad autónoma de Buenos Aires, a la Provincia Buenos Aires y más precisamente a la ciudad de La Plata. Para no aburrir a esta altura, haré mención a dos o tres cosas importantes. Primero, en CABA, el art. 100 de la Ley de Sistema de Seguridad Pública replica el art. 11 de Nilda Garré: “es obligatorio la identificación clara del personal policial a simple vista en las manifestaciones públicas”. Segundo, en Provincia de Buenos Aires la Ley de Seguridad Pública imita al Protocolo. Ni una sola mención al caso. Tercero, en la ciudad de La Plata, el intendente Garro buscó implementar el aberrante

⁹ En línea en la página de Canal Abierto, Periodismo de éste lado: <http://canalabierto.com.ar/2018/04/13/amnistia-internacional-advirtio-sobre-la-erosion-del-derecho-a-la-protesta-en-argentina/>

Protocolo Anti piquete de Bullrich, previamente mencionado. En el diario *El Día*, el 16 de Marzo de 2016 (puede encontrarse en Internet), declaró infantilmente que “Interrumpir la circulación está rozando el delito de privación ilegítima de la libertad porque el derecho de uno termina donde empieza el derecho del otro”¹⁰. Para categóricamente determinar que “si se crea un protocolo, hay que hacerlo cumplir”.

Más en crudo: quiso decir (quizá) que todo aquél que corte una ruta comete flagracia. Que todo aquel que corta la ruta es un delincuente. Como -actualmente- lo hace el Protocolo. Por si las dudas, a Intendencia voy a mandar algunos fallos y libros. Especialmente el de New York Times contra Sullivan. Tema garantías constitucionales para Garro: *te la debo*. Como dijo Macri el 14 de Abril de 2016 cuando le preguntan acerca de la muerte de una auxiliar docente que falleció en Mar del Plata, mientras reclamaba porque le habían descontado 6 mil pesos por paros a los que no había adherido. *Te la debo. Esa te la debo, no estoy en el tema.*¹¹

En fin. Sinteticemos. La única manera de defender la no identificación a simple vista de los policías en las manifestaciones públicas es defendiendo la validez del Protocolo Anti piquete, dado que éste no hace referencia alguna a ésta situación. Como tampoco se hace mención en la Provincia de Buenos Aires. Pero como sí lo sigue manteniendo la Ley de Seguridad Pública de CABA. La única manera de sostener esto es, entonces, creyendo también que todo aquel que corta una calle es un delincuente. Qué mejor manera de encontrar al delincuente en una manifestación si el mismo Protocolo no obliga a la identificación policial a simple vista. Uno se camufla entre “los delincuentes”. Aquí está la herramienta fundamental de camuflaje. Qué mejor

¹⁰ Se puede ver en línea en el siguiente enlace del diario El día: <https://www.eldia.com/nota/2016-3-17--vamos-a-impulsar-un-protocolo-antipiquetes>

¹¹ Para que acumule también un poco más de bronca el lector, éste es el enlace, del diario La Voz, donde nuestro presidente dice esto: <http://www.lavoz.com.ar/politica/te-lo-debo-no-estoy-en-el-tema-dijo-macri-ante-una-pregunta-sobre-la-muerte-de-una-portera>

facilidad para un cazador que su presa no advierta nunca que será cazada.

Quizá en estos momentos no vendría mal recordar el discurso de Esteban Righi, Ministro del Interior durante el gobierno de Cámpora, allá por esos sesenta días de la primavera camporista. Firme, convencido, frente a todo el cuerpo policial dijo (la cita es algo extensa, pero merece la pena citarla):

“(...) Encerrados dentro de la comisaría y rodeado de vallas, fueron alejados del pueblo, sin desearlo ni buscarlo Tendran obligaciones, que deberan cumplir ineludiblemente. Pero también tendran los derechos que en todos estos años habían perdido. Y sus propias obligaciones seran cumplidas con un espíritu nuevo, porque implican clausurar un período de dolorosa memoria para iniciar oro más justo, más noble. Lo trágico de la situación es que nuestra Policía ha vivido es que sus jefes, oficiales y tropas han sido compelidos a enfrentarse con las masas populares de las que surgieron, y que defendían un futuro mejor también para ellos. Ésta es una enfermedad que ahora queremos curar (...) Señores, no se alejen ustedes del pueblo. Pasaremos de un orden dictatorial a un orden democrático. Nuestra terapéutica es reconstruir. No permitir. Hay tensiones acumuladas y habra conflictos. Lo sabemos y no nos asusta. Es imposible restaurar en pocos días todo lo que se destruzo en tantos años (...) Un orden injusto se guarda con la misma violencia que lo originó. Un orden justo, por el contrario, se guarda con moderación y prudencia; un orden justo se comporta con humanidad, inclusive frente al culpable; un orden justo se guarda con respeto y con sensibilidad humana y eso en ustedes no puede ser negociado (...) Ésa es nuestra convicción y nuestra mejor garantía. Seamos dignos de ella” (citado de Feinmann, 2011, p.208).

Ahora, inevitablemente, me pregunto: Que orden de moderación y prudencia, que orden de respeto y sensibilidad se construye referenciando a todo aquél que corta una ruta como un delincuente?

Si no se piensa seriamente lo que se dice y lo que hace caemos -quizá- en un reduccionismo mental peligroso. Pasamos por los accidentes del terreno, sin que nada llame la atención. Inevitablemente pienso: no querer que los policías sean identificados... ¿no será parte de una herramienta del Gobierno para inventar chivos expiatorios y distraer la atención pública de todos los derechos últimamente vulnerados? ¿no será acaso la posibilidad perfecta para inventar casos policiales y despistar a la población de los hechos que realmente importan? Y además - de yapa- en una represión desaparece una persona por 80 días. Y además, *de yapa* -al día 81- aparece un cuerpo en el río. A 300 metros del lugar donde desapareció. Cuando ya habían rastrillado tres veces la misma zona. Se ve que necesitaron una cuarta. Y *de yapa*, otro recibe un tiro por la espalda. Y de *más yapa* todavía (el lector ya a esta altura dirá “¡básta! ¡Basta de yapas! Bueno, disculpen. Por estos tiempos viene de regalo todo por lo visto) y de yapa, decía, el beneficio de la duda siempre a favor de las Fuerzas Armadas, como dijo la vicepresidente de la Nación¹².

Que no tomen al pueblo por idiota supone también que el pueblo se fortalezca en la crítica. Supone también detenerse cautelosamente en los hechos. Supone no decir por decir. Supone pensamiento de largo alcance; pensamiento sin ideas cortas. Con ideas largas los bastones serán cortos, porque la arbitrariedad se encorseta si hay una idea que la contiene. Pero si las ideas son cortas, los bastones serán largos. Está en nosotros dejar (o no) que esto suceda.

Bibliografía

Agencia DyN (20169. “Te la debo, no estoy en el tema” dijo Macri ante una pregunta sobre la muerte de una portera” en diario *La*

¹² Y ahora con la resolución 956/2018 de Patricia Bullrich nada más que aclarar: el uso de armas de fuego utilizadas ante cualquier “peligro inminente” o “presunción de que el sospechoso tenga un arma letal”. Se usa el arma de fuego para “proceder a la detención”, para quien “oponga resistencia”, para quien “se fuga y represente peligro inminente”. Todo una aberración lo de la Ministra y, por consiguiente de quien la elige, el Ejecutivo. Con esta resolución no se hace otra cosa que reglamentar una pena de muerte encubierta.

- Voz. 14 de Abril de 2016. En Línea en: <http://www.lavoz.com.ar/politica/te-lo-debo-no-estoy-en-el-tema-dijo-macri-ante-una-pregunta-sobre-la-muerte-de-una-portera>
- Cámara de Apelaciones y Garantías de Mar del Plata (2014). *Causa Oscar s/habeas corpus preventivo*. Resolución Serie “B” N° 29. Expte. N° 18.270. Autos: “Lescano Oscar Alberto s/ Recurso de Habeas Corpus – Habeas Corpus”. Buenos Aires, Argentina.
- Caravelos, Sofía (2003). “Documentos por favor. La Policía en las calles”, en González Moras, Juan y otros. *Criminalización de la protesta social*. Ediciones Grupo La Grieta y Agrupación H.I.J.O.S. La Plata, Argentina.
- Congreso de la Nación Argentina (1958). *Decreto-ley N° 333*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Información Legislativa. En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20983/norma.htm>
- (1991) *Ley N° 23.950*. Información Legislativa. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/350/norma.htm>
- (2017). *Código Penal de la Nación Argentina. Ley N° 11.179*. En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- (1960). *Administración Pública Nacional. Decreto-ley N° 2009/2010*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Información Legislativa. En línea en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/177671/norma.htm>
- Congreso de la Provincia de Buenos Aires (S/A). *Ley de Unificación de las normas de organización de las policías de la provincia de Buenos Aires. N°13482*. En línea en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13482.html>
- Feinmann, José Pablo (2011). *Peronismo Tomo II. Filosofía política de una persistencia Argentina*. Editorial Planeta. Buenos Aires, Argentina.
- Gargarella Roberto (2015). *Carta abierta sobre la intolerancia. Apuntes sobre Derecho y Protesta*. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, Argentina.

- Mancini, Matías Alejandro y Pitlevnik, Leonardo (S/A). *Atentado contra la autoridad*. Código Penal Comentado de Acceso libre. Asociación Pensamiento Penal. Buenos Aires, Argentina.
- Redacción Canal Abierto (2018). “Amnistía Internacional advirtió sobre “la erosión del derecho a la protesta” en *Canal Abierto, Periodismo de éste lado*. En línea en: <http://canalabierto.com.ar/2018/04/13/amnistia-internacional-advirtio-sobre-la-erosion-del-derecho-a-la-protesta-en-argentina/>
- Redacción Diario El Día (2016). “Vamos a impulsar un protocolo antipiquetes” El intendente Garro lo enviará al Concejo Deliberante en Diario *El Día*. 17 de Marzo de 2016. En línea en: <https://www.eldia.com/nota/2016-3-17--vamos-a-impulsar-un-protocolo-antipiquetes>
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (2015.) *Causa Vera, Lucas Abel*. Expediente N° 11835/15. Buenos Aires, Argentina.
- Woolf, Virginia (1942). “Middlebrow” en *The Death of the Moth*. The Hogarth Press. Londres, Reino Unido.



| TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN |

Vienen de los setenta
corazones oriundos de la pena,
un ramo de contradicciones marxistas,
un rumor a cadáver vivo en el fondo de los días.
Las dudas eran nuestras,
podíamos reconocerlas por un indecible olor a sombra,
verdades tan frágiles,
oscuridades no tan luminosas.
Nadie busca hoy las causas del dolor
ni tampoco será noticia mañana
la certidumbre de aquellas respiraciones agitadas.
No llegará el día en el que esta suavidad espinosa
nos depare un reposo habitable.

Autor: Norberto Antonio

Arte de la portada: Leonardo Gauna

Obra: *Coro*

Brecha laboral por motivos de género: diagnóstico y desafíos

Matías Poltorak | Universidad de Buenos Aires

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 505-524

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e238>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5670-9543>

I. Introducción

*Sangre mía,
de alba,
de luna partida,
del silencio*

Los versos que encabezan esta introducción corresponden a un extracto del poema “Sangre nuestra” de la mexicana Susana Chávez en homenaje a las mujeres víctimas de femicidios. La poeta era oriunda de Ciudad Juárez y fue una voz activa contra la violencia hacia las mujeres y los homicidios por motivo de género. En el 2011, con sólo treinta y seis años de edad, fue asesinada luego de ser violada y mutilada. En 1995, Susana acuñó la frase “ni una muerta más” para denunciar lo que ocurría en su pueblo natal.

Esa expresión inspiró a un colectivo de mujeres en Argentina para organizar la marcha “Ni una menos” el 3 de junio de 2015 luego del femicidio de Chiara Pérez, una adolescente de catorce años. Esa movilización multitudinaria fue un momento bisagra en la sociedad y tuvo un efecto multiplicador en numerosas partes del mundo. Ese día se expuso una penosa realidad: a las mujeres las mataban por ser mujeres. Esa primera convocatoria buscó con éxito poner en evidencia esa situación. Las cifras (que no son meros números, sino que detrás de ellos

había personas con sus historias, anécdotas, sueños, ilusiones, proyectos que fueron interrumpidos y arrebatados por odio de género) acompañaban la necesidad de hacer oír su voz: en ese año hubo doscientas ochenta y seis víctimas de femicidios.

Los asesinatos y ataques contra la integridad sexual de las mujeres constituyen la muestra más extrema y cruda de la violencia de género, pero son parte de una larga cadena en la cual esa violencia está anclada, instalada e institucionalizada. Por esa motivo el movimiento Ni una Menos no fue sólo una alerta y un reclamo de medidas urgentes porque literalmente estaban asesinando a las mujeres, sino que fue (y es) una denuncia contra todo el orden social que tiene como denominador común la violencia y degradación de la mujer que exige un cambio inmediato y sustancial en todos los niveles.

Por ello se advierte que los femicidios son la consecuencia de todo un sistema que las menosprecia, relega y oprime. El presente trabajo busca poner de manifiesto cómo opera esa violencia en el campo laboral a través de la discriminación salarial, el acceso al empleo, las posibilidades de ascenso y la distribución de horas entre hombres y mujeres en el trabajo no remunerado (quehaceres domésticos, cuidado de hijos y/o parientes, etc.).

II. Una aproximación a la problemática

La preocupación internacional por la discriminación de género lleva varias décadas en agenda al punto que ya en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se establece en el preámbulo el “*reconocimiento del principio del salario igual por un trabajo de igual valor*” (concepto sobre el cual se ahondará más adelante). Claro que con el correr de los años se fue complejizando el análisis, explorando distintas aristas que hacen a la diferenciación entre hombres y mujeres en el plano laboral siendo en varios casos la brecha salarial una consecuencia de desigualdades previas. En un lenguaje coloquial, las distintas remuneraciones por motivos de género es sólo la punta del iceberg de un problema más profundo.

En los primeros días de octubre se celebró la decimonovena Reunión Regional Americana de la OIT donde uno de los temas que se debatieron estuvo vinculado a los “avances y retos en reducir la brecha salarial y otras brechas de género en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”¹. Esa sesión informativa fue acompañada por un informe que señala que *“entender la desigualdad salarial pasa por analizar la segregación horizontal que confina a las mujeres a un número relativamente pequeño de ocupaciones concentradas en los sectores de menor productividad; y la segregación vertical, que dificulta su ascenso en la jerarquía de las empresas, relegándolas de esta manera a los trabajos peor pagados. Otros factores que impactan la remuneración que reciben las mujeres incluyen: la necesidad de combinar trabajo remunerado y no remunerado, la responsabilidad por el cuidado de las personas dependientes, las formas de violencia que limitan su participación y desempeño, y la discriminación ligada a su rol reproductivo”*.

El párrafo precedente resulta clarificador para comprender de qué se habla cuando se debate la discriminación laboral por razones de género. No se limita a la distinta remuneración que perciben un hombre y una mujer que realizan una misma tarea (que también existe), sino que va mucho más allá e implica estereotipos (a romper) sobre el rol de la mujer y el hombre en la sociedad en los cuales la primera está destinada a abocarse más a las tareas domésticas y la maternidad mientras que el segundo tiende a volcarse a su capacidad productiva, y sobre las labores que puede (o no) llevar adelante una mujer; y también la violencia de la que es víctima por su condición que está ampliamente extendida en el mundo del trabajo.

A modo de síntesis, utilizando una herramienta analítica y metodológica empleada por los organismos internacionales, se

¹ La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó el 25 de septiembre de 2015 la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la cual contiene diecisiete objetivos a cumplir para esa fecha llamados objetivos de desarrollo sostenible (ODS).

puede decir que existe una brecha salarial explicable cuando la peor remuneración que perciben las mujeres obedece a características observables como la educación, la experiencia laboral, el sector económico donde se desempeñan, la región, la intensidad laboral y la ocupación. Y una brecha salarial no explicada donde tiene una influencia determinante la discriminación directa.

III. Estadísticas mundial, regional y de Argentina sobre la discriminación laboral

Sin desagregar las cifras en la brecha salarial explicada y la no explicada, a nivel mundial las mujeres cobran un 23% menos que los hombres. Según estadísticas de la Organización de Naciones Unidas (ONU), las mujeres ganan en promedio 77 centavos por cada dólar que perciben los hombres. Sin embargo, la situación no es homogénea entre los distintos países: en Costa Rica o Luxemburgo la brecha es menor al 5% mientras que en Corea del Sur llega al 36%, por mencionar polos extremos.

Esa situación se agrava con la edad, en particular cuando las mujeres tienen hijos. Se estima que con cada nacimiento, la mujer pierde promedio un 4% de su salario. La asesora de ONU Mujer, Anuradha Seth, advirtió que *“buena parte del problema es el trabajo familiar no remunerado que las mujeres siguen llevando a cabo de forma desproporcionada”*.

Otra tendencia llamativa es que a mayor nivel de salarios (que por lo general va acompañado de un nivel más elevado de instrucción), más amplia es la brecha salarial. Tomando como ejemplo a Europa en el 2010, el 10% de las trabajadoras en la parte más baja de la escala salarial ganaban 100 euros mensuales menos que el 10% de los hombres en la misma posición. Por el contrario, el 10% de las mujeres que percibían salarios más altos ganaban 700 euros menos al mes que el 10% de los hombres mejor remunerados².

² Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, “Informe Mundial sobre Salarios 2014/2015: Salarios y desigualdad de ingresos”, p. 55, Ginebra, 2015.

Uno de los aspectos medulares de la brecha salarial explicada lo constituye el trabajo no remunerado. Los datos internacionales al respecto son contundentes: el 75% del trabajo doméstico y de cuidados es realizado por mujeres. Ellas dedican 2,6 veces más tiempo al denominado trabajo no remunerado que los hombres. En promedio, las mujeres dedican un 18% de su jornada a esa labor mientras que los hombres un 7%. Esta diferenciación encuentra su sostén en estereotipos que se arraigan desde muy temprana edad. Un estudio de treinta y tres países realizado por la ONU Mujeres muestra que las niñas de entre siete y catorce años de edad realizan más tareas domésticas que los niños de la misma edad.³

En América Latina y el Caribe, si bien ha crecido la tasa de participación laboral de las mujeres, sigue habiendo una diferencia de 25% respecto a los hombres. En relación al desempleo, las tasas de las mujeres son más elevadas que la de los hombres (10,4% frente a 7,6%), agravándose la situación en el caso de las mujeres jóvenes que en 2016 tenían una tasa de desempleo del 22,2% frente al 15,5% de los hombres. En la región, los datos confirman la intensidad de la segregación horizontal: el 63% de las mujeres se desempeña en los sectores de servicios sociales, comunales y personales, y de comercio, generalmente asociados a menores niveles educativos, bajos salarios, escasa cobertura de seguridad social, más inseguridad en el trabajo y ausencia de contrato.

En relación a la brecha salarial, según un relevamiento de 2015 en América Latina es del 15%. Si se la subdivide geográficamente, se advierte que en el Cono Sur es del 21,4%, en la Región Andina del 16%, mientras que en Centroamérica y México es del 9,9%.⁴

³ ONU Mujeres, "Hacer las promesas realidad: la igualdad de género en la agenda 2030 para el desarrollo sostenible", p. 94, Estados Unidos, 2018.

⁴ Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, "Panorama Laboral 2017: América Latina y el Caribe", p. 76, Perú, 2017.

La situación de la Argentina sigue las tendencias mundiales y propias de la región. En la publicación “Las mujeres ganan menos que los hombres en todo el planeta”, las economistas Mercedes D’Alessandro⁵ y Magalí Brosio⁶ señalan que en Argentina las mujeres ganan en promedio 27,2% menos que los varones. Detallan, utilizando fuentes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que el 46,3% de esta diferencia se explica en características observables como la educación, la experiencia laboral, el sector económico, la región, la intensidad laboral y ocupación. Es decir, la brecha explicable obedece a que los empleos peor remunerados son mayoritariamente ocupados por mujeres (por ejemplo en Argentina, sólo el 7% de los cargos ejecutivos –CEOS- en empresas están ocupados por mujeres), a que las mujeres dedican más tiempo a tareas domésticas obligándolas a abocarse menos horas al trabajo, etc. Ahora bien, el 53,7% restante que constituye la brecha no explicada, no tiene una respuesta única pero sí existen datos e indicios que dan cuenta de que aún persiste una distinta remuneración por la realización de una misma tarea.

Esta primera aproximación sirve para dimensionar que todavía resta mucho camino por recorrer, y que no alcanza con lograr medidas efectivas que borren la discriminación salarial por igual tarea, porque aun teniendo éxito en ese punto, faltaría abordar la problemática de los factores que constituyen la brecha salarial explicada.

Ambas aristas de la problemática quedan muy bien evidenciadas en el informe sobre las “Mujeres en el mercado de trabajo argentino” publicado por el extinto Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación sobre estadísticas del tercer trimestre de 2017⁷. Allí se indicaba que la tasa de

⁵ Mercedes D’Alessandro es doctora en economía de la Universidad de Buenos Aires.

⁶ Magalí Brosio es licenciada en economía de la Universidad de Buenos Aires.

⁷ Dirección General de Estudios Macroeconómicos y Estadísticas Laborales, (ex) Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, “Mujeres en el Mercado de Trabajo Argentino”, Argentina, 2018.

participación en actividades domésticas de las mujeres era del 88,9% mientras que la de los hombres, del 57,9%. En promedio, las mujeres dedican 6,4 horas diarias a las tareas domésticas mientras que los varones 3,4 (un 90% menos). Ello se traduce en que un 28,3% de las mujeres trabajan a tiempo completo en tareas remuneradas mientras que un 52,4% lo hace a tiempo parcial. En el caso de los hombres se invierte la ecuación: un 25,4% a tiempo parcial y un 38,2% a tiempo completo. Esto último tiene un correlato en los ingresos: el ingreso promedio mensual de los hombres era, a la fecha de medición, de \$15.588 mientras que el de las mujeres de \$11.644. La diferencia se explica en las horas que trabaja cada uno: mientras los hombres trabajaban semanalmente en promedio 43,4 horas, las mujeres lo hacían 32,3. El ingreso promedio por hora era prácticamente de paridad: \$92,6 los hombres y \$93,9 las mujeres, pero le brecha surgía por la imposibilidad de las últimas de trabajar más tiempo.

	MUJERES	HOMBRES
Participación en actividades domésticas	88,9%	57,9%
Promedio horas diarias a actividades domésticas	6,4	3,4
Trabajo a tiempo parcial	52,4,%	25,4%
Trabajo a tiempo completo	28,3%	38,2%
Ingreso promedio mensual	\$11.644	\$15.588
Promedio horas trabajadas semanalmente	32,3	43,4

Fuente: DGEMyEL – (ex) MTEySS, en base a datos de la EPH – INDEC.

No obstante lo anterior, si se desagrega el análisis en niveles educativos, se observa que a mayor grado de formación, aumenta la desigualdad salarial por género sin considerar las horas trabajadas. Así, para el universo de personas con nivel educativo bajo (secundaria incompleta), el ingreso horario promedio de los hombres era de \$69,4 y el de las mujeres, \$72,7. En el nivel medio (secundario completo, o terciario o universitario incompleto) de \$90,9 para los hombres y \$82,2 para las mujeres.

Está brecha se agudiza en caso de nivel educativo alto (terciario o universitario completo): el ingreso horario promedio de los hombres era de \$153 y el de las mujeres \$133,2.

Nivel Educativo	MUJERES			HOMBRES		
	Ingreso promedio mensual	Horas de trabajo semanales	Ingreso horario promedio	Ingreso promedio mensual	Horas de trabajo semanales	Ingreso horario promedio
BAJO	\$7.075	30,8	\$72,7	\$12.066	43,7	69,4
MEDIO	\$10.887	35,2	\$82,2	\$15.498	45,3	90,9
ALTO	\$17.026	29,4	\$133,2	\$24.464	38,2	153,0

Fuente: DGEMyEL – (ex) MTEySS, en base a datos de la EPH – INDEC.

Las cifras mencionadas, además de ilustrar lo exiguo que son los salarios en la República Argentina, no dejan lugar a dudas de que existe una grave problemática de discriminación por motivos de género, tanto por lo que se llama brecha explicada como por la denominada no explicada, evidenciada esta última sobre todo en el estrato de alto nivel educativo.

Los datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) correspondientes al segundo trimestre de 2018⁸ reflejan que la mujer está en una situación desventajosa en relación al hombre, en sintonía con los patrones internacionales. La tasa de actividad femenina es del 48,5% mientras que la masculina es del 69,5%. En relación al desempleo, en las mujeres llega al 10,8% y en los hombres al 8,7%. Aquí también se agudiza esta diferencia en el caso de la juventud (de catorce a veintinueve años) donde la brecha es más intensa: en este rango, el desempleo femenino trepa al 21,5% mientras que el masculino lo hace al 17,3%

En los poderes del Estado, en vez de predicar con el ejemplo, se continúa la corriente de que los hombres ocupen en forma mayoritaria los lugares de toma de decisiones. No tanto en los poderes legislativos donde existen leyes de cupo

⁸ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, Ministerio de Hacienda de la Nación, “Mercado de Trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH) – segundo trimestre 2018”, Buenos Aires, septiembre de 2018.

femenino, fuesen de paridad total o bien de garantizar un 33% de mujeres. En el gabinete nacional, previo a la reducción sufrida semanas atrás, de los veinte ministerios sólo dos eran conducidos por mujeres. La brecha se redujo al reducir a diez los ministerios quedando ocho en manos de hombres y dos en cabeza de mujeres. Sumando a todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hay doscientos cuarenta y seis (246) ministerios. Ciento noventa y siete (197) están a cargo de hombres y cuarenta y nueve (49) de mujeres. Es decir, un 80% de los ministerios provinciales tienen a varones como Ministros y sólo un 20% a mujeres. En lo que respecta a los principales cargos electivos de Poderes Ejecutivos, incluyendo al Jefe de Estado, hay veintiuno en conducidos por hombres y sólo cuatro por mujeres.

Haciendo un repaso por el Poder Judicial, en la Corte Suprema de Justicia, de cinco miembros sólo una es mujer y el traspaso de presidencia realizado fue de un hombre para con otro hombre. Tomando un fuero que tiene amplia repercusión mediática en los últimos tiempos como el criminal y correccional federal, de los doce juzgados, diez están en manos de hombres y sólo uno en cabeza de una mujer (está vacante el juzgado que estaba a cargo de Norberto Oyarbide aunque es subrogado por un varón). En la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal no hay mujeres, y en la Cámara Federal de Casación Penal existe un claro predominio de varones.

IV. El marco normativo actual

En Argentina, la ley de contrato de trabajo y la ley antidiscriminación disponen reglas claras. De esta manera, sobre el tema que compete a este texto, la primera prohíbe cualquier discriminación en el ámbito laboral por motivos de sexo, y se afirma el principio de “igual retribución por trabajo de igual valor” para las convenciones colectivas. La segunda dispone que quien ejerza un acto discriminatorio debe, a pedido del damnificado, dejarlo sin efecto o cesar en su realización.

La Constitución Nacional en su artículo 14 bis indica que habrá “igual remuneración por igual tarea” y el artículo 15 enfatiza que “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

Por último, cabe mencionar dos convenios fundamentales de la OIT a los que Argentina adhirió y que tienen jerarquía supralegal: el convenio 100 sobre igualdad de remuneración y el 111 sobre discriminación. El primero indica que todo Estado Miembro debe promover métodos para garantizar el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor entendiendo que esta expresión refiere a “tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo⁹” (esta aclaración medular que el propio convenio hace será abordada más adelante). El convenio 111 obliga a los Estados Miembros a implementar políticas activas para eliminar todo tipo de discriminación que altere o anule la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, incluyendo en esta definición tanto el acceso a los medios de formación profesional, la admisión en el empleo y las condiciones de trabajo¹⁰.

Hasta aquí es fácil observar que existe sobrada legislación para prohibir que dos personas que realizan la misma tarea cobren un salario distinto por motivo de su sexo. Falta una política más activa del Poder Ejecutivo Nacional (en colaboración con los ejecutivos provinciales) para fiscalizar y controlar el efectivo cumplimiento de estas disposiciones, y la consolidación de un mecanismo para que las víctimas de esta discriminación puedan acudir a las instancias estatales para que se respeten sus derechos sin que ello ponga en riesgo su situación laboral.

Sin embargo, cabe detenerse en un aspecto intrínseco. Una de las causas de la llamada brecha explicada reside en que las mujeres tienen dificultad para acceder a los trabajos mejor

⁹ Convenio N° 100 OIT sobre igualdad de remuneración, 1951. Artículo 1 inciso b.

¹⁰ Convenio N° 111 OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958. Artículo 1.

remunerados y, en cambio, hay predominancia femenina en los sectores de peores salarios. En ese sentido, en el Estudio General sobre los Convenios Fundamentales realizado en 2012, la OIT reiteró que *“debido a actitudes históricas y los estereotipos relativos a las aspiraciones, preferencias y capacidades de las mujeres, ciertos trabajos son realizados fundamental o exclusivamente por mujeres y otros por hombres. Con frecuencia, los trabajos considerados como «femeninos» están infravalorados en comparación con los trabajos de igual valor desempeñados por los hombres, cuando se determinan las tasas salariales (...) La segregación laboral por motivos de sexo en el mercado de trabajo un problema que afecta a casi todos los países”*¹¹.

Existen mecanismos para moderar la preponderancia de esta problemática -que es de orden mundial y a la cual la Argentina no es ajena- en lo que respecta a la brecha salarial, sin perjuicio de que el objetivo siempre debe ser que la segregación laboral sea cosa del pasado.

Cabe retomar en este punto lo que dice el Convenio 100: *“la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”*. Esto implica que bajo este concepto no se cobija exclusivamente a dos personas que realizan la misma tarea, sino tareas de igual valor. La diferencia es sustancial. No cabe duda, por ejemplo, que un hombre y una mujer que son cajeros en un supermercado deben cobrar el mismo salario básico (podrá haber diferencias por antigüedad, si uno realizó horas extras y el otro no, etc.). ¿Pero qué significa tareas de igual valor? La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT precisa que *“el concepto de «igual valor» requiere un método de medición y*

¹¹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, “Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa”, párrafo 673, p. 300, 2012.

comparación del valor relativo de los distintos empleos. Se debe proceder a un examen de las respectivas tareas cumplidas, que se llevará a cabo sobre la base de criterios absolutamente objetivos y no discriminatorios para evitar que la evaluación se vea condicionada por los prejuicios de género. Si bien en el Convenio no se establece ningún método específico para ese examen, en el artículo 3 se presupone el uso de técnicas adecuadas para la evaluación objetiva del empleo con miras a determinar su valor, mediante la comparación de factores tales como las calificaciones, el esfuerzo, las responsabilidades y las condiciones de trabajo”. Agrega que “la aplicación del principio consagrado en el Convenio no se limita a la comparación entre los hombres y las mujeres en un mismo establecimiento o empresa, sino que permite una comparación mucho más amplia entre los empleos desempeñados por los hombres y las mujeres en distintos lugares o empresas, o entre distintos empleadores¹²”.

En el informe que acompaña el debate sobre los “Avances y retos en reducir la brecha salarial y otras brechas de género en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible” en la Reunión Regional Americana de la OIT se reiteró el alcance que la CEACR le dio a la expresión “igual salario por tareas de igual valor” y enfatizó que esta idea “refiere a la necesidad de revalorizar social y monetariamente las ocupaciones realizadas por mujeres, muchas de ellas ligadas al rol tradicional que han desempeñado históricamente en los hogares sin ninguna remuneración. Entender la desigualdad salarial pasa por analizar la segregación horizontal que confina a las mujeres a un número relativamente pequeño de ocupaciones concentradas en los sectores de menor productividad; y la segregación vertical, que dificulta su ascenso en la jerarquía de las empresas, relegándolas de esta manera a los trabajos peor pagados”.

¹² Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, “Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa”, párrafo 695, p. 310, 2012.

Esto significa que aunque el objetivo de máxima sería eliminar la segregación laboral, mientras exista debe haber mecanismos para evitar la brecha salarial. De forma tal que el Convenio 100 insta a asignarles a los distintos empleos un valor en función de criterios objetivos, y que todos los trabajos de igual valor tengan una misma remuneración.

V. Alternativas a futuro

Como se advirtiera al inicio, la brecha salarial en numerosas oportunidades es producto de una serie de discriminaciones y dificultades precedentes. Los debates y esfuerzos a escala internacional buscan poner en evidencia y desarticular esta desigualdad estructural, por lo que los análisis no se limitan a la participación de las mujeres en el mercado laboral y una comparación nominal de salarios, sino que van más allá poniendo sobre el tablero la incidencia de las tareas domésticas no remuneradas, la maternidad, y la construcción de estereotipos ligados al rol que históricamente se le asignó a la mujer en la sociedad. Tal es así que en el ODS número cinco sobre igualdad de género, las metas 5.4 y 5.5 establecen que es necesario *“reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país”* y *“asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres, y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública”*, respectivamente. Las cuales están vinculadas con el ODS número ocho sobre trabajo decente y crecimiento económico, que en su meta 8.5 establece la necesidad de lograr en el 2030 *“el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”*. En el mismo sentido, la Reunión Regional Americana culminó con la publicación de la Declaración de Panamá “por el futuro

del trabajo en las Américas”. Allí, en el capítulo sobre “¿cómo construir un mejor futuro de trabajo?”, señala en el punto XVI que, entre otras medidas, se logra con *“políticas para promover la igualdad de género y la no-discriminación en los mercados de trabajo, incluyendo medidas para combatir los estereotipos de género; para incentivar la aplicación del principio de igual salario por trabajo de igual valor; para una mayor valorización y reconocimiento del trabajo del cuidado; y para prevenir y combatir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”*.

Teniendo en cuenta las múltiples dimensiones de la problemática, lo primero que se necesita es tener un diagnóstico claro para saber hacia dónde direccionar las políticas públicas. Ergo, es indispensable mejorar y perfeccionar la metodología para obtener estadísticas. A la información que ya brinda la Encuesta Permanente de Hogares de forma trimestral sobre empleo, desempleo, actividad, subocupación, etc., y características como el rango etario, nivel de instrucción, sector de actividad, si está en el circuito formal o informal, se debe agregar una recolección periódica sobre remuneración percibida, horas trabajadas, horas dedicadas a tareas domésticas no remuneradas, lugar de residencia, condiciones de la misma, circunstancias socioeconómicas, etc. Disponer de tal detalle de información permite entrecruzar datos y descubrir casos de reiteración de patrones para luego implementar distintos tipos de medidas. Verbigracia, en áreas donde la población no tiene acceso a la red de agua potable, una primera política indispensable sería la de generar esa conectividad que además de satisfacer un derecho esencial, permitiría reducir el tiempo que demandan ciertas tareas domésticas. No está de más reiterar que esto de ninguna manera implica aceptar, compartir, naturalizar o justificar el desigual reparto de horas dedicadas a las actividades no remuneradas que existen entre hombres y mujeres, pero no se puede desconocer la realidad y se deben buscar medios en distintas instancias para revertir esta situación.

También podría ser de utilidad contar con un monitoreo sobre la composición de la nómina de empleados de empresas

radicadas en Argentina, y la distribución de tareas, jerarquías, salarios y bonos en función del género. A su vez sería interesante disponer de información estadística que refleje, en términos proporcionales, qué género se ve más afectado cuando las empresas llevan adelante una reestructuración, reducción de personal o suspensiones. Y en épocas expansivas donde toman nuevos empleados, cuál es la proporción de hombres y mujeres que se entrevistan como aquellos que efectivamente se contratan.

Información detallada y regular permitirá obtener un panorama bastante más certero de la actualidad. A partir de allí, habrá que instrumentar medidas para atender cada uno de los orígenes de la desigualdad. Los casos de la brecha no explicada que están mayoritariamente ligados a discriminaciones directas, es decir, a que una mujer cobre menos que un hombre cuando hace exactamente la misma tarea, encuentra abundantes herramientas en la legislación para combatirlo. Este tipo de situaciones son más comunes en el sector informal de la economía donde hay menos controles y, obviamente, menos apego a la ley. En el sector formal quizá es más probable hallar situaciones de discriminación oculta detrás de la adjudicación de determinadas bonificaciones o plus salariales. En ambos casos, siendo el ordenamiento jurídico lo suficientemente claro, se requiere reforzar la capacidad fiscalizadora del Estado y establecer penalidades más severas ante incumplimientos. A esto podría sumarse la importancia de capacitar a los agentes del Estado en materia de género. Costa Rica desarrolló una guía para la Inspección del Trabajo con Enfoque de Género de forma tal de facilitar la tarea de los inspectores a la hora de identificar infracciones en materia de igualdad salarial.

Luego está el amplio abanico de la llamada brecha explicada, donde la brecha salarial es producida por una gran variedad de causas muchas veces relacionadas e influenciadas entre sí. Aquí juegan los estereotipos que ven que las mujeres no pueden desarrollar ciertos trabajos o no están capacitadas para hacerlo, la menor disponibilidad para trabajar por dedicarse a tareas

domésticas no remuneradas, la decisión de no contratar o promocionar mujeres por la posibilidad futura de que hagan uso de licencias pagas o el prejuicio de que incumplan sus tareas por atender asuntos familiares, por mencionar algunas. El desafío está en implementar medidas que amortigüen los efectos de la segregación horizontal y vertical, y también que busquen combatirlas, en sintonía con los postulados y propuestas de organismos internacionales como la OIT o la ONU Mujeres que junto a la OCDE, lideran la Coalición Internacional sobre la Igualdad de Remuneración¹³.

En primer lugar, habría que darle operatividad al mandato de la OIT de igual remuneración por tareas de igual valor con los alcances explicados anteriormente. Esto no elimina la segregación horizontal, pero mitiga la brecha salarial que ella provoca al cuantificar cada trabajo en función de criterios objetivos, y atar las remuneraciones al valor de cada empleo. En la Reunión Regional Americana se citó el caso de Chile que llevó adelante una experiencia piloto para visibilizar la brecha salarial de género a la luz de la máxima de la OIT en el Instituto de Seguridad Laboral. Se explicó que este estudio piloto permitió analizar todos los puestos de trabajo de dicho instituto y la relación salarial mediante la aplicación de una metodología para calcular el valor de cada puesto, y determinar los salarios adecuadamente. Más allá de garantizar la igualdad salarial, esta experiencia permitirá seguir reorientando esfuerzos similares en otras instituciones y empresas. Bélgica y los Países Bajos han puesto en marcha institutos de clasificación de los trabajos para dar cumplimiento a la igual remuneración por tareas de igual valor.

Otra política de estado podría vincularse a un aumento significativo del salario mínimo, vital y móvil. Las actividades peor

¹³ La EPIC (Equal Pay International Coalition) fue oficialmente lanzada en septiembre de 2017 durante la asamblea general de las Naciones Unidas en Nueva York. Consiste en una alianza de múltiples partes interesadas con miras a contribuir a la consecución de la Meta 8.5 de los ODS, el cual se centra en la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres por un trabajo de igual valor.

remuneradas son ocupadas mayoritariamente por mujeres. Un aumento considerable del salario mínimo (que hoy se encuentra en \$10.700 y se elevará a \$12.500 en junio de 2019, muy por debajo de lo necesario para cubrir las necesidades básicas) sería otra manera de contribuir a reducir la brecha salarial existente. Bulgaria y el Reino Unido han tenido resultados positivos con este tipo de políticas. Según un informe de la Low Pay Commission del Reino Unido¹⁴, el aumento del salario mínimo en 2008 tuvo un impacto mayor en puestos de trabajo ocupados preponderantemente por mujeres.

Sin perjuicio de lo anterior, también hay iniciativas que pueden adoptarse para quebrar el proceso de segregación horizontal y vertical. Una política de cupos ha demostrado ser efectiva para esta finalidad. España y Noruega son testigos de ellos. Podría imponerse su obligatoriedad o bien incentivar a las compañías a través de beneficios impositivos a adherirse a ella. Un sector de la doctrina podría rechazar la imposición de tal medida en virtud de la libertad de contratar que surge del derecho a ejercer industria lícita del artículo 14 de la Constitución Nacional. Esa pretensión ya ha sido ampliamente desestimada por la justicia. En “Freddo”¹⁵, leading case en materia de discriminación laboral contra las mujeres, la Cámara Nacional en lo Civil sostuvo que *“si bien es cierto que la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también lo es que los derechos que reconoce la Constitución Nacional no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que los reglamenten. A su vez, la prohibición de discriminar constituye un límite a dicha libertad, lo que obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer -en el caso de las discriminaciones directas-, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el*

¹⁴ La Comisión de Bajos Salarios es un organismo independiente que asesora al gobierno del Reino Unido sobre el salario vital nacional y el salario mínimo nacional.

¹⁵ “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo”, Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil, 16 de diciembre de 2002.

supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso". Aunque frente a supuestos fácticos distintos, en el caso "Cencosud"¹⁶, el voto mayoritario de la Corte Suprema ratificó el concepto de que *"la Constitución Nacional debe ser entendida como una unidad, esto es, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás"* para condicionar el derecho a contratar al respeto de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

Existen dos fenómenos asociados a la segregación laboral conocidos bajo los eufemismos de suelo pegajoso y techo de cristal. El primero refiere a las circunstancias que mantienen a numerosas mujeres atrapadas en la base de la pirámide económica, abocadas al trabajo maternal, conyugal y doméstico. El segundo alude a una barrera invisible (pero no por ello irreal) a partir de la cual numerosas mujeres se ven imposibilitadas de ascender en su carrera laboral y, por tanto, viéndose impedidas de acceder a lugares de jerarquía. Hay distintos tipos de instrumentos que permiten remover esos obstáculos, minimizando las motivaciones económicas que desalientan a los empleadores a contratar o ascender mujeres en edad fértil o con hijos a cargo, y que facilitan las condiciones para que las mujeres (y hombres) puedan afrontar sus compromisos laborales sin verse en la necesidad de elegir entre el trabajo y sus obligaciones no remuneradas.

Una de ellos es el régimen de licencias. Podría equipararse la licencia por paternidad a la de maternidad, y establecer una posterior licencia parental a ser usada por cualquiera de los dos progenitores a elección en el seno de la pareja. De esta manera, el argumento (insensiblemente) económico de no contratar o promover a una mujer para, eventualmente, no tener que

¹⁶ "Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/ acción de amparo", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de diciembre de 2010.

concederle una licencia paga quedaría desarticulado. Además, ya no sería la ley la que impone cuál de los dos progenitores debe quedarse al cuidado del recién nacido en sus primeras semanas de vida. Cabe recordar, a su vez, que la OIT recomienda una licencia por maternidad mínima de dieciocho semanas, encontrándose Argentina por debajo de ese umbral.

El cuidado y atención de los hijos menores no se agota en sus primeras semanas de vida. A ello hay que sumarle que en muchas ocasiones los trabajadores deben ocuparse de otros familiares (en general adultos mayores) que requieren asistencia, recayendo esa tarea también en las mujeres. Esto fue y es motivo de preocupación por la OIT y promovió la sanción del convenio N°156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares y su respectiva Recomendación N°165. Si bien no contiene disposiciones concretas, insta a los Estados a adoptar medidas que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares. Para atender esta situación, podría haber una fuerte inversión en centros de atención y educación de la primera infancia accesibles, públicos y de calidad, como también en centros de día o residenciales para personas mayores. También se podría establecer un régimen de licencia paga por atención de familiares a cargo, implementar sistemas de flexibilidad laboral para compatibilizar las responsabilidades laborales con las extra laborales, o promocionar, en los empleos donde sea posible, la modalidad de teletrabajo o home office.

En atención a lo vertido en los párrafos anteriores, sería saludable que gobierno, organizaciones de trabajadores y asociaciones de empresarios trabajen mancomunadamente en protocolos y guías de actuación a los cuales deberían apegarse los empleadores a la hora de llamar a concursos y realizar entrevistas para contratar o ascender personal. De forma que la decisión final esté sostenida únicamente en criterios objetivos excluyendo cualquier apreciación subjetiva al respecto.

Argentina ha dado algunos pasos en los últimos años con la implementación de la Asignación Universal por Hijo y la

Asignación Universal por Embarazo, la ley de trabajadoras de casas particulares o las moratorias jubilatorias que beneficiaron principalmente a mujeres. Sin embargo queda mucho camino por recorrer y estereotipos que desarmar. No basta con modificar algunos artículos de la ley de contrato de trabajo, sino que debe haber una fuerte política de estado por una real igualdad que abarque programas de capacitación y deconstrucción en la sociedad, un activo rol del Poder Ejecutivo, una mejora de la legislación vigente por parte del Congreso, y que en la esfera de los tres poderes del Estado como en el ámbito de negociación colectiva que incluye a las organizaciones de trabajadores y empleadores, todas las decisiones que se tomen hayan tenido un previo estudio con perspectiva de género, entendiendo por tal al proceso consistente en evaluar las implicaciones que para mujeres y hombres tienen las iniciativas planificadas, ya sea en forma de legislación, políticas o programas, en cualquier ámbito y en todos los planos. Es una estrategia que permite integrar las preocupaciones y las experiencias tanto de mujeres como de hombres en la concepción, la aplicación, el seguimiento y la evaluación de políticas y programas en las esferas política, económica y social, de suerte que las mujeres y los hombres se beneficien por igual de los progresos y no se perpetúe la desigualdad. El fin último que se persigue con esta integración es lograr la igualdad de género¹⁷.

¹⁷ Según la definición del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, julio de 1997.



| TRABAJOS DE EXTENSIÓN |

Una puesta de sol me emociona
y al mismo tiempo
me es angustia metafísica
como un chico que se muere de hambre
y no puedo llorar y lloro
con lágrimas que van a dar
al piso de parqué recién lustrado
por esa mujer con seis hijos
que entristecen fatales allá,
donde muerta la euforia de la belleza,
la emoción es una metafísica angustiante.

Autor: Norberto Antonio

Arte de la portada: Leonardo Gauna

Obra: Madrugada de ronda

Niñez y Derechos Humanos: entre el desamparo y la justicia

*Martín Menestrina, Carolina Borrego,
Lucía Belaunzaran, Sebastián Pagano,
Martina Flaherty y Lucía Zapico*

Universidad
Nacional de
La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 527-539

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e240>

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

Resumen: El Programa “Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas” de la Secretaría de Extensión de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) surgió a raíz de una experiencia territorial colectiva de denuncia y exigibilidad al Estado del cumplimiento de sus obligaciones legales respecto a la niñez íntimamente vinculado a la violenta represión que sufrieron un grupo de niños y niñas de entre 6 y 17 años que vivían en la plaza San Martín de la ciudad de La Plata en el año 2008. Estos hechos pusieron de manifiesto que la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata estaban incumpliendo con las obligaciones asumidas en la ley 13.298 “*Sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño*” que había establecido un cambio de paradigmas: del sistema tutelar al sistema de la protección integral. En ese contexto se presentó una demanda judicial solicitando la efectiva puesta en funcionamiento de la ley 13.298. En el presente artículo abordamos algunas de las cuestiones fácticas y jurídicas más relevantes de ese proceso que ha durado más de 10 años, y desde hace 6 años espera una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Summary: The “Children, Human Rights and Public Policies” Program of the Extension Secretariat of the Faculty of Legal and Social Sciences (UNLP) arose as a result of a collective territorial experience of demand to the government for the fulfillment of its legal obligations due to the repression that suffered a group of children who lived in the Plaza San Martín in the city of La Plata in 2008. These facts revealed that the local

government fails to comply with the obligations assumed in law 13.298 “Promotion and Protection of the Rights of the Child” It had established a paradigm shift: from a tutelary to a comprehensive protection. In this context, a lawsuit was filed to force the government to comply with Law 13.298. In the present article we address some of the most relevant factual and legal aspects of this process that has lasted more than 10 years, and for 6 years awaiting a ruling from the Supreme Court of Justice of the Province of Buenos Aires.

De frazadas y ollas

En el año 2008 un grupo de 15 niños y niñas de entre 6 y 17 años que se encontraba en situación de calle y que circulaban por la Facultad de Humanidades -en aquel momento funcionaba en el edificio de calle 48 entre 6 y 7- fue expulsado por sus autoridades y se trasladó a la glorieta de Plaza San Martín. Los medios de comunicación los habían estigmatizado como “*La banda de la frazada*” (diario El Día, 28/7/2008). Las crónicas de aquel tiempo dan cuenta de que los chicos de la plaza San Martín tiraban una frazada sobre los transeúntes para sorprenderlos y luego robarles. Los niños se quedaban con los celulares que después cambiaban en las ferreterías por pegamento, o por sándwiches en un kiosco próximo a la Comisaría Segunda de la capital provincial.

Para ese entonces un grupo de estudiantes de la carrera de Trabajo Social, talleristas y operadores de calle que venían trabajando con esos niños y niñas desde la Dirección de Niñez de la Municipalidad de La Plata, pero que habían abandonado dicho espacio debido a la ausencia de recursos materiales para trabajar y a las condiciones de precariedad laboral, conformaron un grupo denominado “*Autoconvocados por los derechos de los pibes en situación de calle*”. El mismo se fue integrando por Organizaciones Sociales y de Derechos Humanos, instituciones académicas y personas interesadas en la problemática.

Entre las intervenciones desarrolladas por aquel grupo de personas se encontraba la realización de una olla popular

nocturna cuyo objeto era realizar acciones para contener a los niños que se encontraban viviendo en la plaza.

Luego de unos días desde que comenzó la olla, el 25 de julio casi a la media noche cuando el grupo se retiraba y ya se habían apagado todas las luces de la plaza, más de 20 adultos, mujeres y hombres, vestidos de civil algunos y otros identificándose como policías, armados con palos, cadenas y armas de fuego llegaron y golpearon y reprimieron a los niños bajo la consigna de “limpiar” la plaza. Sobre una de las calles que daba a la plaza, había cuatro agentes de la policía (que vigilaban a la olla popular desde su primer día) que en lugar de impedir la agresión, intentaron retener a los chicos que querían escapar.

A partir de ese hecho el grupo de autoconvocados, que pasó a llamarse “*Asamblea Permanente por los derechos de la niñez*”, entendió la necesidad de ampliar el espacio de reflexión y lucha, para lo cual se denunció penalmente lo sucedido así como también se realizaron diversas presentaciones ante los organismos administrativos de niñez, sin que se hayan obtenido respuestas en favor de estos niños, evidenciando la ausencia de programas y políticas públicas en materia de niñez.

Frente a la paradoja de que el Estado criminalizaba a estos niños por hechos que tenían su origen en la omisión de haber implementado acciones integrales e inclusivas de derechos humanos, un grupo de madres, organizaciones sociales e instituciones académicas promovieron una acción de amparo –con el patrocinio de algunos miembros del Programa “Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas”- contra la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata solicitando la efectiva puesta en marcha de la ley 13.298 que había creado el Sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño (SPPDN)

Un nuevo paradigma

A partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al sistema jurídico nacional en 1990, con

jerarquía constitucional desde 1994, y a la preocupación expresada por el Comité de los Derechos del Niño sobre la legislación provincial basada en la doctrina de la “*situación irregular*” (Comité Derechos del Niño, 2002), la Provincia de Buenos Aires sancionó en el año 2005 la Ley 13.298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, que asimismo derogó el decreto-ley 10.067/83 “Ley de patronato provincial”.

El eje fundamental es el reconocimiento de los niños, niñas y jóvenes como sujetos de derechos que, junto con el establecimiento de su derecho a ser escuchados, constituyó un cambio de paradigma respecto del viejo modelo del patronato.

Aquél antiguo sistema respondía a “*un esquema que hoy conocemos como ‘modelo tutelar’, ‘filantrópico’, ‘de la situación irregular’, o ‘asistencialista’, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas*” (Beloff, 2004).

En el patronato, la utilización de estigmas tales como “*riesgo*”, “*abandono*”, “*fuga del hogar*”, “*niños de la calle y en la calle*”, entre otros, permitían tipificar una clase de personas que se encontraban “*en situación irregular*”, conformando una identidad social que los aislaba de su entorno. Se pretendía salvar al niño considerándolo peligroso. De ese modo, en lugar de adoptar políticas públicas preventivas de protección integral de la familia y sus hijos, que mejoraran la calidad de sus vidas y las fortalecieran en su función de crianza y educación, se acudía a la “*justicia de menores*”, mediante el alejamiento del niño del binomio familia-escuela, que sólo lograban marginarlo y excluirlo de su vida social.

De allí que se haya dicho que “*La utilización del aparato de la administración de justicia en forma sistemática para este estrato poblacional ha estado desde siempre directamente vinculada a la ausencia de políticas públicas de promoción y desarrollo*” (Guemureman y Daroqui, 2001).

Desde el lado opuesto, la doctrina de la “*protección integral*” implica la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es decir, como titulares de todos los derechos contemplados en los instrumentos internacionales y, a la vez, tienen derechos específicos previstos, precisamente, por su condición de personas en etapa de crecimiento.

Este nuevo paradigma implicó no sólo la introducción de garantías a la respuesta estatal al delito de los jóvenes, sino a la posibilidad de discutir la formulación de políticas públicas desde una perspectiva de derechos humanos, teniendo como eje al niño como sujeto de derechos. En efecto, se circunscribe la labor del juez a la resolución de conflictos de naturaleza jurídica, fortalece las garantías procesales y obliga a la Administración pública a implementar políticas integrales que remuevan los obstáculos que limitan la igualdad y la libertad, impidan o entorpezcan el pleno desarrollo de los niños y su efectiva participación en la comunidad; todo lo cual constituye una condición para el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

El sistema requiere la creación de un conjunto de órganos, entidades y servicios de promoción y protección integral de los derechos del niño y el adolescente integrado por órganos administrativos; órganos judiciales y organizaciones de atención a la niñez y la juventud que formulen, coordinen, orienten, supervisen, ejecuten y controlen las políticas, programas y acciones en el ámbito provincial y municipal, incluyendo al sector privado y con amplia participación de la sociedad civil.

Cuando se habla del interés superior del niño, tienen que conjugarse todos los derechos, y el derecho a que se fortalezca su vínculo familiar es contemplado como objeto de protección desde dos directrices: 1) La falta de recursos materiales no constituye causa de separación de los niños y jóvenes de su grupo familiar. 2) El compromiso del Estado debe incluir a esa familia en programas de asistencia, promoción e integración social, garantizando salud, educación y vivienda, mediante la realización de políticas públicas a tales fines.

Amparo y desamparo

En causa “*Asociación Miguel Bru y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Amparo*”, que tramitó en el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo nro. 1 de La Plata, se presentaron tanto los afectados directos -madres de niños y niñas en situación de calle- como organizaciones no gubernamentales (Asociación Civil Miguel Bru, Autoconvocados, Titulares de Cátedra de la Carrera de Trabajo Social de la UNLP), por un lado, y el Ministerio Público Pupilar -Asesoría de Incapaces N° 4 de La Plata- por el otro; todos reclamando la efectiva y eficiente implementación del nuevo régimen legal de protección de la infancia en la Provincia de Buenos Aires, a fin de promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de calle en la ciudad de La Plata.

El expediente llegó a superar los 20 cuerpos, en los que se denunció, demostró y evidenció la falta de implementación del SPPN.

Asimismo, el proceso en sí mismo, se erigió como una herramienta de diagnóstico acerca del estado de implementación de la ley 13.298, pues le ha permitido a las autoridades públicas contar con información actualizada acerca de la problemática de la niñez y familia –inexistente al momento de la interposición de la demanda-, pues contiene datos, informes y estadísticas entre otros elementos que se han ido colectando, de la mano de las pruebas realizadas así como de los *amicus curiae* presentados, que evidenciaron cuáles eran los obstáculos en el diseño, instrumentación, ejecución y control de políticas dirigidas a la niñez

Desde una perspectiva general acerca del funcionamiento de las áreas de niñez, se puso de manifiesto que si bien se habían implementado una serie de programas destinados a dar cumplimiento al mandato legal, los mismos no resultaban suficientes para cubrir de modo efectivo las demandas que afectaban al colectivo de niños, niñas y adolescentes en situación de

calle en la ciudad de La Plata. Se explicitó como una constante la escasa cantidad de recursos, la precariedad de las intervenciones, la falta de protocolos de actuación y la construcción diaria de estrategias basadas en las convicciones propias de los operadores, evidenciando que las diferentes intervenciones estatales no estaban sustentadas en políticas públicas serias que permitieran un trabajo coherente y sostenido en el tiempo.

En punto al funcionamiento de un “*parador*” se logró constatar que el establecimiento indicado por las autoridades públicas, no reunía las características adecuadas para brindarles a los niños la contención necesaria, pues si bien las condiciones edilicias eran aceptables para recibir un número aproximado de doce niños, carecía de un equipo técnico y profesional indispensable, ya que la planta, conformada por cuatro asistentes administrativos sin capacitación técnica específica y la única actividad de recreación disponible era ver televisión.

Con relación a la creación de un Servicio Hospitalario Especializado en salud mental y adicciones, se determinó que si bien la atención de la salud de los niños, niñas y adolescentes de la ciudad de La Plata, se encuentra garantizada –en su etapa aguda- con los servicios de urgencia y de internación del sistema de salud pública, se advirtió la inexistencia de una institución adecuada a la cual puedan ser luego derivados para su rehabilitación o asistencia. Para los casos graves de adicciones que reflejan un marcado deterioro de la salud del niño, el tratamiento para ser eficaz, no puede depender de la voluntad del niño, y en este sentido se acreditó que no existen sistemas que respondan a estas características, con personal auxiliar y profesional suficiente, entrenado, comprometido y sensibilizado con el cuidado integral del niño; y articulación con programas de acompañantes para el egreso y sostenimiento de proyectos inclusivos, con continuidad con sus requerimientos de tratamiento ambulatorio, educación, deporte, recreación, capacitación, etc.

En cuanto a la cantidad de vehículos disponibles para el traslado de niños y niñas en situación de calle se pudo acreditar

que de los 12.045 vehículos oficiales propiedad del Poder Ejecutivo Provincial, 178 correspondían al Ministerio de Desarrollo Social, pero sin embargo ninguno de ellos había sido destinado para el traslado de niños.

Respecto del funcionamiento de un servicio de atención telefónica destinado a la recepción de denuncias vinculadas a la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes, se probó que línea gratuita perteneciente a la Municipalidad funcionaba de manera irregular, y que el Servicio Zonal no contaba con una línea de real y fácil acceso a disposición de toda la comunidad.

Asimismo, se constató que la cantidad de operadores de calle resultaba insuficiente para atender las necesidades del colectivo de niños, niñas y adolescentes en situación de calle en la ciudad de La Plata, situación que se veía agravada por la falta de articulación entre los diferentes organismos que componen el SPDDN.

Tras cuatro años, el 22 de mayo del año 2012 se dictó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo, condenando a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, dentro del plazo de seis meses procedieran a realizar todas las acciones necesarias para la implementación efectiva del SPPDN en la ciudad de La Plata.

En particular la sentencia establecía que debían: 1) Crear en un ámbito céntrico de la Ciudad, uno o más Paradores, de acuerdo a la demanda del sector, con suficiente infraestructura y personal idóneo para cubrir las necesidades básicas de alimento, higiene, descanso, recreación y contención, de los niños, niñas y adolescentes que requieran esta asistencia, sea en forma espontánea o a requerimiento de quienes pudieran petitionar por ellos, disponible durante las veinticuatro horas del día. Los mismos deberán contar un equipo interdisciplinario integrado, como mínimo, por trabajadores sociales, psicólogos, abogados y médicos especialistas en clínica, pediatría, toxicología y psiquiatría; 2) Crear un Servicio Hospitalario Especializado para la

atención de la salud de niños con problemas de adicciones u otras afecciones a la salud, que garantice la atención adecuada durante las veinticuatro horas del día, con profesionales idóneos, en particular trabajadores sociales, psicólogos y médicos especialistas en clínica, pediatría, toxicología y psiquiatría, con una capacidad suficiente para atender la demanda del sector, no sólo de aquellos niños institucionalizados, sino también de los que se presenten espontáneamente; 3) Disponer la cantidad de automotores necesaria para efectuar todos los traslados que requieran los niños en situación de vulnerabilidad que se encuentren en la ciudad de La Plata; 4) Implementar un servicio de atención telefónica –amplia y periódicamente difundido– destinado a la recepción de denuncias vinculadas con la vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes, durante las veinticuatro horas del día, con disposición de operadores que brinden posibilidades concretas de solución de las problemáticas que se planteen; 5) Garantizar la disposición de operadores de calle en cantidad suficiente de acuerdo con las necesidades del colectivo, que comprenda a la división territorial (barrios) de la ciudad de La Plata; 6) Difundir ampliamente en los medios de comunicación masiva de mayor circulación en la ciudad de La Plata, los principios, derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes consagrados en el ordenamiento jurídico, a cuyos efectos, las Administraciones condenadas deberán afectar un porcentaje no inferior al veinticinco por ciento de todas las partidas presupuestarias destinadas a publicidad y/o propaganda oficial para el cumplimiento de la sentencia.

La sentencia fue apelada por la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo que el 7 de agosto de 2012 revocó la sentencia en relación a la creación de un servicio hospitalario especializado para la atención de la salud de niños con problemas de adicciones y respecto a la afectación de los recursos económicos para difundir en los medios masivos de comunicación los principios, garantías y derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Contra esa resolución la parte actora con el asesoramiento jurídico del Programa de “Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas” llevó la causa en el año 2012 a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), donde se encuentran hasta el día de la fecha.

Justicia desactualizada

Luego de cuatro años de que el expediente se encontrara radicado en la SCBA sin haberse logrado una solución a la problemática de fondo, en el año 2016 en atención el tiempo transcurrido el tribunal convocó a las distintas partes una audiencia para que se le informe la situación actual de implementación del SPPDN.

En la audiencia, el equipo del Programa de “*Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas*” dio cuenta del estado de implementación del SPPDN, de los obstáculos estructurales que debían ser removidos; de cómo se encontraban ahora los niños, niñas y jóvenes que se encontraban en situación de calle al inicio proceso judicial; de otros niños que actualmente se encontraban en situación de calle y de graves episodios vinculados a la niñez y juventud en La Plata.

De aquella exposición, resulta relevante destacar algunos hechos vinculados a las circunstancias que motivaron el amparo, que ocurridos durante el tiempo que la causa estuvo en la órbita de la SCBA esperando el dictado de una sentencia definitiva, demostraron la falta de una efectiva implementación de SPPDN:

En el año 2012 ocurrieron los crímenes de seis niños de 11, 14, y 16 años de edad, bajo distintas circunstancias y modalidades, pero que sin embargo todos tuvieron similares características: a) son muertes violentas; b) se trata de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad atendidos por la Defensoría Oficial del Fuero de la Responsabilidad de Penal Juvenil; c) ocurrieron en las mismas zonas; d) existió algún grado de participación o relación policial en las mismas.

Las inundaciones ocurridas el 2 de abril de 2013 que afectaron barrios periféricos y el casco urbano de la ciudad de La Plata, pusieron en evidencia la invisibilidad del SPPND. En aquella oportunidad se denunció desde el Programa de “Niñez, Derechos Humanos y Políticas Públicas” la ausencia de funcionarios de niñez durante la catástrofe y la falta total de implementación de un plan de emergencias para los niños y niñas afectados.

El 4 de abril de 2014 el Poder Ejecutivo dictó el Decreto n° 220 por el cual declaró la emergencia en materia de seguridad pública, destinando cuantiosos recursos económicos a través de la contratación de personal policial, compra directa de equipamiento y patrulleros y la creación de fiscalías especializadas. En aquel contexto, altos funcionarios del ejecutivo realizaron declaraciones públicas instando la necesidad de modificar el Régimen Penal Juvenil, vinculando dogmáticamente niñez y delincuencia. Frente a ello, en el marco del proceso judicial y en calidad de *amicus curiae* Adolfo Pérez Esquivel -premio Nobel de la Paz- y otras organizaciones sociales vinculadas a la niñez, denunciaron que el aumento del presupuesto de seguridad, frente a la disminución del destinado al área de niñez, junto a las arbitrarias estigmatizaciones que formulaban los funcionarios del poder ejecutivo, constituía una violación al principio de progresividad de en materia de derechos humanos.

En ese mismo año se denunció el desfinanciamiento y la amenaza de traslado del Programa Centro de Tratamiento Integral (CeTAI), destinado a abordar problemáticas de niños, niñas y jóvenes como trastornos de socialización, conductas disruptivas, exclusiones de instituciones nucleares, entre otras. El desfinanciamiento al que se vio expuesto, sumado al traslado a un lugar que no reunía las condiciones mínimas de habitabilidad, constituía una medida regresiva respecto de la política de salud mental destinada a los niños y niñas que pudo ser evitada mediante medida autosatisfactiva.

Desde mediados de julio de 2015 el diario “El Día” publicó más de 20 notas en torno a un grupo de niños, identificándolos

como la “Banda de los nenes” que “se habría especializado en delinquir”. De la lectura de los reportes, surge la estigmatización de estos niños, la invisibilización de la biografía de cada uno de ellas, y la ausencia de las políticas de promoción protección integral de sus derechos, resultando que el Estado se vincula con estos niños a través de la policía que sistemáticamente los aprehende y los traslada a alguna comisaría.

Durante el 2016, un grupo de aproximadamente 20 niños de entre 5 y 15 años, en situación de calle, incluyeron en su tránsito urbano el recorrido de distintas unidades académicas de la UNLP con el objetivo de obtener dinero, comida y pasar tiempo de recreación. En esos recorridos se han generado algunas situaciones conflictivas que terminaron en la expulsión y la prohibición de ingresos de los niños a esos ámbitos, sin intervención del SPPND.

Conclusión

Han pasado más de 10 años desde aquella noche en que se pretendió “limpiar la plaza”. Desde entonces, aquellos niños y aquellas niñas, ya no lo son. Algunos de ellos han traspasado la frontera de la muerte, a manos del gatillo fácil. Muchos están encerrados en la cárcel. Varios de ellos y ellas han sufrido el abuso, la explotación sexual y padecido la violencia en sus múltiples formas. El Estado los abandonó, los castigó, los penalizó, los golpeó, los hostigó, los encerró y les puso muerte (la propia y ajena) en sus manos.

La prolongación del proceso y la demora en el dictado de una sentencia por parte de la SCBA incide de manera relevante y cierta en la ausencia de acciones positivas por parte del Ejecutivo en implementar eficazmente el SPPDN, generando daños de carácter irreversible para algunos niños, niñas y adolescentes.

La realidad apremia y castiga a los más pequeños, demostrando la actualidad del reclamo y la vigencia de que el Estado aporte soluciones a una cuestión que es compleja debido a que su resolución excede el campo de lo jurídico e involucra la

necesidad de acciones concretas tendientes a la efectiva implementación de un cambio de paradigma que se proyecte en el campo cultural de la población, propiciando cambios que incidan efectivamente en la realidad cotidiana de los niños, niñas y jóvenes de la Provincia de Buenos Aires.-

La SCBA tiene la oportunidad histórica de dictar una sentencia ejemplar que active los resortes burocráticos para que el Estado, los medios de comunicación y la sociedad en su conjunto seamos capaces de torcer esta mirada triste sobre la niñez, y que de una vez y para siempre podamos ofrecerles a todos los niños, niñas y jóvenes una opción de vida que los enamore y los conquiste, reconociendo sus deseos y necesidades.

El Poder Judicial puede y debe inaugurar un proceso que conduzca a saldar la terrible deuda que tenemos los adultos, abriendo nuevos caminos que permitan construir una comunidad respetuosa de los derechos de los niños, niñas y jóvenes.

Bibliografía

- Belauzarán, Lucia et al (2015) *Niñez y Derechos humanos. Herramientas para un abordaje integral*. Editorial UNLP, La Plata.
- Beloff, Mary (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto.
- Gargarella, Roberto et al (2005). “El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema” en *El derecho a resistir el derecho*. Miño y Dávila Editores, Buenos Aires.
- Guemureman, Silvia y Daroqui, Alcira (2001). *La niñez ajusticiada*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.
- Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales: Argentina*, CRC/C/15.Add.187, del 9-X-2002.



| DISCURSOS |
QUE HICIERON HISTORIA

Los que viven como pueden,
los que mueren como pueden,
los que no tienen voz,
 me duelen detrás de las costillas.
El “Poema Sucio” de Gullar,
 me duele detrás de las costillas.
El Amazonas talado, Japón arrasado,
Haití aplastado por las lágrimas,
Chile agrietado,
África famélico,
 me duelen detrás de las costillas.
Me duele Vallejo detrás de las costillas,
las vulvas rosadas que lamí
 –buscando indulgencia–
 me duelen,
y la palidez freudiana de buenos aires,
 detrás de las costillas.

Los genocidas y los xenófobos
no me duelen detrás de las costillas.

Autor: Norberto Antonio

Arte de la portada: Leonardo Gauna

Obra: Amanecer de ronda

Discurso de Raúl Ricardo Alfonsín en el predio de Parque Norte de la Capital Federal, el 1° de diciembre de 1985¹

*Ailén Díaz*² | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 543-588

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e242>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8438-6622>

El pasado 29 de octubre de 2018 se celebró el 35 aniversario de la vuelta de la Democracia en la República Argentina, fecha propicia para recordar el discurso del -por aquel entonces Presidente de la República Argentina- Ricardo Alfonsín al Comité Nacional de la UCR en diciembre de 1985, poco después de ganar las elecciones legislativas.

La transición entre el gobierno militar y el democrático no podía dejar de ser conflictivo, por lo que el gobierno radical tuvo el enorme desafío de retomar los valores democráticos, institucionales y fomentar la civilidad. Lo hizo apoyándose en la idea de la ética de la solidaridad, el pluralismo, la participación y la modernización.

El presente discurso que se transcribe resulta muy interesante en su contenido programático y en su definición ideológica. Interpela respecto a qué debe entenderse con ‘democracia’, y a

¹ Desgrabación realizada en septiembre de 2018 por Nathalie Goldwaser Yankelevich (CONICET) a partir del audio sonoro de LRA1, Radio Nacional Argentina. La duración de dicho archivo es de 1 hora 42 minutos. Se debe un especial agradecimiento a Alberto Ronzoni y a Mariana Antoñanzas por proveernos del archivo resguardado. Asimismo, los editores de REDEA agradecen, también, al Prof. Leandro Abel Martínez de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por su diligencia para conseguir el discurso.

² Abogada, docente de la materia Historia Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

generar diálogos o acuerdos para la construcción del país. Posee una génesis de pensamiento popular y progresista, anclado en una reforma cultural, institucional –con mayor participación ciudadana y mayor injerencia de los partidos políticos-, y dentro de la propuesta económica, modernizando al país no solo desde el punto de la eficiencia sino también de la función social que cumple dicha modernización.

Se vertebra en el mentado discurso, un proyecto de país en transición, una forma de superación a las atrocidades económicas, sociales y políticas acontecidas durante la última dictadura cívica-militar.

En este acto político, Alfonsín plasma el proyecto democrático que aspira; es un proyecto donde valores de modernización se entrelazan con los éticos, con los cambios sociales, culturales y políticos. Y sabe que dichos procesos no se hacen sin discusiones y divergencias, por lo tanto fomenta la idea del pluralismo como un fuerte valor de la democracia y como un mecanismo para la adopción de decisiones que suponen asumir como legítimos el disenso y el conflicto. Asimismo establece que para el adecuado funcionamiento de las reglas de juego democráticas, el Estado debe funcionar como canalizador y promotor de la participación de los ciudadanos, pues entiende que “no hay sociedad democrática sin disenso, ni tampoco sin reglas de juego compartidas, y menos sin participación ciudadana”. De tal forma que el discurso político debe ayudar a que las rutinas democráticas sean hábitos queridos y compartidos por la ciudadanía.

La sociedad del futuro a la que se refiere el líder radical, se basa sobre el ejercicio pleno de los derechos de los ciudadanos, las libertades individuales y la solidaridad social. Los nuevos valores, la tolerancia, la racionalidad, el respeto y la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos hacen posible un tránsito de la sociedad autoritaria a la sociedad democrática. La idea entonces es pasar de la vieja política de puertas cerradas a la nueva política en contacto directo con las demandas y propuestas del pueblo.

Se trata de sustituir la violencia y la intolerancia por la discusión y el pluralismo, la exclusión de la lucha salvaje, reemplazándola por el debate abierto y el respeto a la decisión mayoritaria y los derechos de las minorías.

A criterio de Alfonsín, “la sociedad argentina ha sido una sociedad fuertemente influida por el egoísmo de las clases dirigentes, y ese egoísmo ha debilitado la solidaridad social, generando situaciones de desamparo y miedo. Por lo que es fundamental una ÉTICA DE LA SOLIDARIDAD, lo que implica que la sociedad sea mirada desde el punto de vista de quien está en desventaja en la distribución de talentos y riquezas. Un pacto democrático basado en esta ética de la solidaridad supone la decidida voluntad de que esté sustentado en condiciones que aseguren la mayor justicia social posible, y consecuentemente reconoce la necesidad de apoyo de los más desfavorecidos”.

En otro orden de ideas, se refiere a la inserción de la República Argentina en el contexto internacional, así afirma que la integración latinoamericana será un paso necesario y valioso.

La integración desde lo económico se trasluirá proclamando la injusticia de pueblos ricos y pueblos pobres, de las prácticas discriminatorias de los países desarrollados, inadmisibles desde el punto de vista ético e insostenibles para las naciones que profesan la democracia y la libertad como valores orientadores de su organización interna.

La construcción de un país moderno y desarrollado, integrado digna y creativamente al sistema económico internacional a través de la integración regional, deberá concretarse con las fuerzas de todos los sectores de la sociedad, con el fin de ponerle freno al orden económico internacional imperante, que por su injusticia que no es a la larga sostenible.

Podemos ver como estas palabras, hoy 35 años después siguen estando vigentes, con un sistema financiero internacional voraz que no para de hacer estragos en los pueblos del mundo, urge su modificación, ya lo veía Alfonsín; en la actualidad aún resta propender por un sistema internacional más justo.

El proyecto que comentamos, se basa en la idea de un proceso de modernización que tienda progresivamente a incrementar el bienestar general de modo que la sociedad en su conjunto pueda beneficiarse de sus frutos. Pero como es sabido, no es fácil conciliar armoniosamente la eficiencia con la justicia. Este interés en modernizar sin perder de vista los valores éticos de la sociedad, fundamentalmente la justicia social deben llamarnos a la reflexión, pues en la actualidad el gobierno macrista apuesta a las fachadas modernizantes, desatendiendo las necesidades reales de la población. Una aparente 'eficiencia estatal', a modo de desarrollo e implementación nuevos sistemas informáticos, no siempre se traduce en la resolución de las demandas de la sociedad.

Con mucho acierto, a nuestro criterio, Alfonsín ve la necesidad de revertir el proceso de centralización en la administración estatal, la cual debe orientarse con el fin de asegurar a la población las posibilidades más amplias de participación. Así, "una gestión estatal muy concentrada implica confiar el manejo de la cosa pública a un núcleo burocratizado de la población, que desarrolla como tal, conductas sujetas en mayor medida a sus propios intereses corporativos que al interés general de la población".

No queriendo explayarnos en demasía, e invitarlos a su lectura, queremos destacar que este extenso discurso, con gran contenido de valores, finaliza con una convocatoria a todos aquellos que deseen sumarse al proyecto propugnado, en busca de una sociedad más justa y vertebrada en lógicas democráticas. La propuesta de este gran estadista es entonces, modernizar a través de la integración de todo el pueblo, orientando a que sea la propia sociedad la que construya su futuro. E insiste una vez más, "sin solidaridad no se construye ninguna sociedad estable y el primer deber que nos impone la ética de la solidaridad es incorporar al trabajo común todo aquellos que, sin renegar de su historia se sientan convocados en un proyecto como el que hemos definido".



Señor presidente del Comité Nacional, Señores delegados:

A través de los dos años de gobierno, en actitud que ha de continuar durante toda mi gestión, he procurado en todo sentido, no sólo ser, sino también parecer el presidente de todos los argentinos. Es por eso que esta es la primera oportunidad en la que tengo el gusto y la alegría de encontrarme con ustedes.

Diría yo que es una excepción que confirma la regla, en un doble sentido: en primer lugar, por la excepcionalidad misma. Y, en segundo lugar, porque hemos de llamar al país para una acción. Y dentro del país, desde luego, incluimos a la Unión Cívica Radical. Y pensamos que, sin su determinación, sin su apoyo, sin su convicción, esta convocatoria no podría en realidad concretarse.

Hemos llamado a este trabajo: “Convocatoria para una convergencia democrática”.

El desafío.

La Argentina afronta la necesidad de construir un futuro capaz de sacarla de largos años de decadencia y de frustraciones. Como sociedad, se encuentra en una de las más serias encrucijadas de su historia. En las vísperas del siglo XXI, y en

medio de una verdadera mutación civilizatoria a escala mundial, deberá decidir si ingresará a ese proceso como protagonista, o como furgón de cola de las grandes potencias hegemónicas.

La lógica del poder en el mundo del futuro, no perdonará a quienes abduquen de la voluntad de autodeterminarse. Sin aspirar ilusoriamente a constituirse en una potencia mundial, la Argentina como sociedad dotada de riquezas naturales y humanas considerables, puede y debe aspirar a desempeñar un papel significativo en este profundo proceso de transición que vive la Humanidad, tan crucial y dramático como lo fueron hace dos siglos la Revolución Industrial y la Revolución Democrática, que abrieron nuevos horizontes para la historia de Occidente y de la humanidad toda.

¿Cómo hacerlo? ¿Sobre cuáles bases definir nuestro posible futuro? ¿En qué marco colocar nuestra voluntad de transformación? Acometer una empresa colectiva no es tarea simple. Implica una movilización de energías que abarca no sólo a la dirección política de la sociedad, es decir, al Estado y al sistema político, sino también a los grupos y a los individuos para que, sin renunciar a la defensa de sus intereses legítimos, sean capaces de articularlos en una fórmula de solidaridad.

El futuro es siempre deudor de voluntades, de actores, de entusiasmo y de inteligencia colectiva. No hay empresa nacional sin pueblo, y no hay pueblo sin personas conscientes de que su vida cotidiana forma parte de la vida de la comunidad. Frente al fracaso y al estancamiento, venimos a proponer hoy, el camino de la modernización.

Pero no lo queremos transitar sacrificando los valores permanentes de la ética. Afirmaremos que sólo la democracia hace posible la conjugación de ambas exigencias. Una democracia solidaria, participativa y eficaz, capaz de impulsar las energías, de poner en tensión las fuerzas acumuladas en la sociedad.

Combinar la dimensión de la modernización con el reclamo ético, dentro del proceso de construcción de una democracia estable, implica la articulación de una serie de valores que se

redefinen en su interacción, puesto que la modernización es calificada por sus contenidos éticos y la ética lo es por el proceso de modernización.

¿Cuáles son esos valores sobre los que aspiramos a constituir las rutinas de una sociedad democrática? Pensamos que una sociedad democrática se distingue por el papel definitivo que le otorga el pluralismo, entendido como un valor antes que como un procedimiento para la toma de decisiones. En estos términos, el pluralismo es la base sobre la que se erige la democracia, y significa reconocimiento del otro, capacidad para aceptar las diversidades y discrepancias como condición para la existencia de una sociedad libre. La democracia rechaza un mundo de semejanzas y uniformidades, que en cambio forma la trama íntima de los totalitarismos. Pero este rechazo de la uniformidad, de la unanimidad, de ninguna manera supone la exaltación del individualismo egoísta, de la incapacidad para la construcción de empresas colectivas.

La democracia sólo puede constituirse a partir de una ética de la solidaridad capaz de vertebrar procesos de cooperación que concurren al bien común. La ética de la democracia se basa en una idea de la justicia como equidad, como distribución de las ventajas y de los sacrificios, con arreglo al criterio de dar prioridad a los desfavorecidos, aumentando relativamente su cuota de ventajas y procurando disminuir su cuota de sacrificios. La modernización que se impulsa no puede estar al margen de estos reclamos éticos.

Construir una sociedad democrática moderna, y fundada en una ética de la equidad y la solidaridad, requiere afrontar con decisión y solvencia los problemas que plantea la permanente tensión entre el orden y el cambio social. Una antigua concepción, generalmente asociada a las derechas tradicionales, tiende a juzgar al orden social como un valor absoluto y suficiente, y a calificar al disenso y, sobre todo, al conflicto como eventualidades negativas e indeseables por principio.

Otra concepción, no menos añeja, vinculada a ciertas izquierdas exalta, en cambio, las presuntas virtudes de la lucha

y el antagonismo constantes, considerando como perniciosa toda estrategia que se preocupe por la construcción de un orden político estable.

Superar esta falsa disyuntiva constituye uno de los principales desafíos de la democracia. Por cierto, un proyecto democrático que afirme resueltamente los valores de la modernización es, por definición, un proyecto de cambio social, económico, político, cultural. Y es sabido que los procesos de cambio en sociedades complejas como la Argentina dan lugar, y es bueno que así sea, a discusiones, divergencias y conflictos respecto de las formas de implementación y de los mismos objetivos.

Aquí es preciso rescatar nuevamente la idea de pluralismo entendida, no sólo como uno de los valores fundantes de la democracia, sino también como mecanismo de funcionamiento político o, más precisamente, como un procedimiento para la adopción de decisiones que supone asumir como legítimos, el disenso y el conflicto.

La reivindicación del disenso es válida en tanto pone al descubierto los riesgos inherentes a los pretendidos valores de la unanimidad y la uniformidad. Ello, sin embargo, no nos debe llevar a una suerte de neo-anarquismo ingenuo que rehabilite al conflicto permanente y descontrolado como una presunta virtud democrática.

El ejercicio responsable de las divergencias y las oposiciones, supone un consenso básico entre los actores sociales, esto es, la aceptación de un sistema de reglas de juego compartidas. El disenso democrático implica, pues, como condición de su ejercicio, un orden democrático. Pero este orden democrático no debe ser concebido, exclusivamente, como un límite a las iniciativas de los actores políticos individuales y colectivos. Por el contrario, dicho orden debe definir las modalidades legítimas positivas de la participación política. O, si se quiere, promover e instaurar una relación de reciprocidad en virtud de la cual los actores, al tiempo que se avienen a compartir una normativa

común; adquieren el derecho y la responsabilidad de intervenir activamente en la adopción de las decisiones políticas.

Como garante del adecuado funcionamiento de las reglas de juego democráticas, y como canalizador y promotor de la participación de los ciudadanos, el papel del Estado es fundamental. Particularmente, en una etapa de transición y consolidación democrática como la que vive nuestra sociedad. No hay sociedad democrática sin disenso, no la hay tampoco sin reglas de juego compartidas, ni la hay sin participación. Pero no hay, además, ni disenso, ni reglas de juego, ni participación sin sujetos democráticos.

¿Qué es un sujeto democrático? Simplemente aquel que ha interiorizado, hecho suyos los valores éticos y políticos antes expuestos: legitimidad del disenso, pluralismo como principio y como método, aceptación de las reglas básicas de la convivencia social, respeto de las diferencias, voluntad de participación.

En un país con arraigadas tradiciones autoritarias, la emergencia de sujetos democráticos no va de suyo: es una tarea, es una empresa. Desde el punto de vista de los individuos es, a su vez, un aprendizaje producto de experiencias, de ensayos y errores, de frustraciones y gratificaciones. Durante años, ha sido un aprendizaje solitario y desvalido.

El Estado democrático debe contribuir decisivamente a consolidar y acelerar ese aprendizaje. El discurso político debe, en tal sentido, ayudar a que las rutinas democráticas se conviertan en hábitos queridos y compartidos por la ciudadanía. Corresponde también, a los partidos políticos, promover la voluntad de democratización de la sociedad toda, operando como verdaderas escuelas de civismo. A este empeño, debe sumarse las organizaciones representativas de las distintas franjas del quehacer colectivo, tanto en lo económico como en lo cultural y lo espiritual.

No menos importante será la función del sistema educacional y de los medios de comunicación que deberán asumir la creciente cuota de responsabilidad que les corresponde en una sociedad moderna.

Las condiciones:

La construcción de una sociedad diferente.

Se requiere construir una sociedad diferente. Anteriores intentos de cambio de la estructura social y económica del país, fueron concebidas como políticas elitistas que excluyeron la participación de los ciudadanos en las decisiones atinentes a su futuro. Pero hoy se ha producido en la Argentina la toma de conciencia de una sociedad que asume como propia la responsabilidad de decidir su destino, de elaborar consensualmente su proyecto de país.

El primer paso concreto para la construcción de una sociedad diferente, de una sociedad mejor, es esta apertura de compuertas que convierte a la vieja sociedad cerrada, en una sociedad abierta y plural. El ejercicio pleno de los derechos ciudadanos, las libertades individuales y la solidaridad social, constituyen la base sobre la que se empieza a levantar el edificio de la sociedad moderna. Los nuevos valores de la comunidad argentina, la tolerancia, la racionalidad, el respeto y la búsqueda de soluciones pacíficas a los conflictos, hacen posible un tránsito sin traumas de la sociedad autoritaria a la sociedad democrática.

En esta nueva sociedad, cada argentino debe sentir que posee poder de opinión, poder de decisión y poder de construcción.

Lo debe sentir y debe estar en condiciones de ejercerlo activamente. Esto significa sumar a los derechos formales, inscriptos en nuestro texto constitucional, derechos reales, ampliar los canales de comunicación social, estrechar los lazos de interrelación entre las personas, pasar de la macro política a la acción comunitaria para el debate y la solución de problemas concretos, acercar canales de participación a la sociedad, pasar de la vieja política de puertas cerradas a la nueva política en contacto directo con las demandas y propuestas del pueblo. La política, debe quebrar la barrera de la frialdad y la lejanía con la cual la observan muchos argentinos.

La sociedad nueva que nace, consolidará las conductas integradoras y solidarias expresadas en actitudes de cooperación y predisposición al cambio superador y al progreso; por oposición a las conductas agresivas y al individualismo egoísta que bloqueó a la sociedad y anuló la iniciativa.

La construcción de una sociedad diferente es un inmenso desafío: requiere escapar de las pujas salvajes y de la lucha de todos contra todos, a través de un pacto social entre los actores. Pero ese pacto sólo puede lograrse de verdad, cuando un gran objetivo nacional lo exige y lo legitima. El compromiso común para la construcción de una sociedad mejor es, entonces, la sustancia misma del pacto social. Y la acción conjunta para hacerla realidad y consolidarla será la condición de su vigencia y de su éxito.

La transición en libertad hacia la nueva sociedad implica de por sí una concepción del país que se quiere, con una sociedad integrada y una interdependencia y comunicación más estrecha entre los hombres que garantice un común universo de valores compartidos y un orden respetado por todos. Lograr la consolidación de esta sociedad integrada, supone contener en un marco de convivencia, los antagonismos que en el pasado nos dividieron y poner fin a las luchas que nos desgarraron.

La sustitución de la violencia y la intolerancia por la discusión y el pluralismo, la exclusión de la lucha salvaje como medio para dirimir las naturales contiendas entre diferentes ideas y propuestas, y su reemplazo por el debate abierto y el consecuente respeto a la decisión mayoritaria y a los derechos de las minorías constituyen un primer compromiso para la movilización detrás de objetivos comunes.

La sociedad nueva que veremos crecer, como fruto de la concreción de los anhelos y las esperanzas del pueblo, no es otra que una sociedad verdaderamente democrática hecha por y para el hombre de nuestra patria. Su fin será facilitar a todos sus miembros, el logro de su destino individual y social, perfeccionándose en la armonía y la originalidad de todas sus aptitudes, fuerzas y tendencias.

La sociedad no debe ni va a pesar, pues, sobre el hombre, sino que debe y va a facilitar su desarrollo y el despliegue de sus potencialidades, así como el de sus derechos imprescriptibles: el derecho a la vida, al trabajo, a la educación, a la libertad, a la igualdad, a la propiedad en función social, y a la participación activa y responsable en las decisiones políticas, así como en la generación y distribución equitativa de la riqueza.

El cambio que vamos a emprender no es un fin en sí mismo, sino que tiene como uno de sus objetivos centrales la construcción colectiva de una sociedad diferente, que dé sentido afirmativo y liberador a la convivencia nueva que se inicia entre los argentinos.

Conquista de un lugar para la Argentina en el mundo.

Es menester también lograr una correcta inserción de la Argentina en el mundo. Esta cuestión en el contexto mundial contemporáneo representa un problema global que nuestro país debe enfrentar desde la perspectiva de su propio cambio interno hacia la modernización y la consolidación de la democracia, y en adecuada relación con los cambios que se están produciendo en las otras naciones y en sus relaciones entre sí, y con las distintas áreas regionales, políticas, militares y económicas.

Para encarar el tema con mayor eficacia, es conveniente desglosar la cuestión global en los siguientes niveles: inserción política, inserción cultural, inserción económica e inserción estratégico-militar. Dentro de cada uno de esos niveles, corresponderá distinguir los grados y etapas de inserción tanto en lo espacial como en lo temporal.

Inserción política:

La Argentina por tradición y vocación se adscribe al conjunto de las naciones que postulan la democracia pluralista como el sistema político más justo, más eficaz y más conveniente para la organización y el gobierno de las sociedades modernas y complejas.

Ello no implica la supeditación a ningún grupo de naciones, sino la subordinación doctrinaria a un principio que consagra al sistema de partidos políticos como factor esencial de una

democracia efectiva, con pleno respeto por los derechos a la oposición y al disenso, y con la alternancia como posibilidad siempre abierta.

En este marco, y en el respeto a los principios de no intervención y autodeterminación, la Argentina debe bregar por la consolidación de sistemas análogos en el subcontinente latinoamericano, entendiendo que la democracia no puede ser el privilegio de algunas pocas naciones.

Asimismo, propenderá a que las reglas democráticas sean también el patrón que guíe las relaciones entre las distintas naciones del mundo y sus agrupamientos regionales, históricos y culturales.

La Argentina renovada asumirá para sí y propondrá para el resto de los pueblos del mundo, un concepto también renovado de la democracia, que intensifique su carácter participativo, y extienda y profundice las instancias de intervención de los ciudadanos en la adopción de las reglas y en la toma de las decisiones.

La integración política latinoamericana será considerada como un paso necesario y valioso de por sí, que deberá tender hacia un futuro en el que la humanidad en su conjunto comparta los avances científicos, tecnológicos, económicos y culturales de esta etapa de modificaciones profundas en la organización de las sociedades. Ya se ha dicho que la Humanidad es el conjunto de los seres que se influyen recíprocamente en forma incesante y se vinculan con Dios en la búsqueda de la unidad suprema.

La plena vigencia de los derechos humanos será un valor fundamental, tanto en lo interno como en lo internacional, y para su defensa no se admitirán barreras geográficas o ideológicas de ningún tipo.

En este terreno no hay injerencias indebidas. Se trata del valor supremo y del patrimonio indivisible de toda la Humanidad.

Inserción cultural:

Por tradición y por vocación, la Argentina pertenece a un ámbito específico en el contexto de la cultura mundial. Es aquél que recibimos, asumimos y enriquecimos por la incorporación de nuestro continente a la civilización europea.

De allí provienen nuestros valores políticos, pero igualmente comportamientos colectivos, modalidades de vida, concepciones científicas y estéticas, y sus consiguientes prácticas.

Ese incuestionable legado se amalgamó en Latinoamérica, con mayor o menor grado de intensidad según los casos, con las precedentes culturas autóctonas que, en nuestra integración nacional y regional, no pueden quedar ignoradas.

Como en lo político, la libertad es valor esencial en lo cultural, y en tal sentido la Argentina debe ser una celosa defensora de las libertades de pensamiento, de religión, de creación y de investigación, con pleno respeto y tolerancia por los pueblos que provienen de otras tradiciones.

Consideramos que el intercambio fecundo entre todos los pueblos dará lugar, en un futuro no muy lejano, a mayores cuotas de integración en una cultura universal, que los modernos sistemas de comunicación, y los otros tipos de relaciones entre los pueblos tornan inevitable y deseable, sin desmedro de las identidades locales, nacionales y regionales.

La Argentina, por lo tanto, no debe admitir obstáculos ni restricciones al intercambio cultural entre los pueblos, ni a la libre difusión de las ideas, al margen de los sistemas políticos y económicos. Debe abrir sus puertas a la producción cultural del mundo y exigir una análoga posibilidad para sí.

Inserción económica:

La Argentina no puede admitir una división económica del mundo entre centro y periferia, entre Norte desarrollado y Sur subdesarrollado, como realidad inmodificable. Sostiene, por el contrario, que la persistencia o el incremento de tal situación derivará en conflictos y tensiones que pondrán en peligro la misma prosperidad y seguridad de los países desarrollados y centrales.

No basa esta posición en una simple comprobación práctica o estratégica. Proclamará, en cambio, la injusticia de la existencia de pueblos ricos y pueblos pobres, y de las prácticas discriminatorias de los países desarrollados, inadmisibles desde el punto de vista ético e insostenibles para las naciones que

profesan la democracia y la libertad como valores orientadores de su organización interna.

Agotado el modelo de país agro-importador y superada la etapa de la sustitución de importaciones, la Argentina debe proponerse un proyecto de desarrollo que le permita escapar, tanto de la marginalidad, como del criterio de la complementariedad subordinada.

La profunda brecha tecnológica que la separa de los países más avanzados, y de otros nuevos polos de desarrollo que están surgiendo en la Cuenca del Pacífico, debe ser superada mediante una incorporación racional de modernos sistemas de producción, información y organización de la economía, en el marco de la integración latinoamericana que le otorgue más vastas áreas geográficas y poblacionales para el desarrollo del subcontinente.

Este proyecto de construcción de un país moderno y desarrollado, integrado digna y creativamente al sistema económico internacional a través de la integración regional, no será obra de un gobierno ni de un partido, ni podrá ser impuesto desde el Estado. A su concreción deben concurrir todos los sectores de la sociedad para evitar que continúe un proceso de deterioro caracterizado por un orden económico internacional injusto que no es, a la larga, sostenible.

La necesidad de modificación, no sólo debe ser impulsada por los países relegados, sino que además debe ser admitida como una necesidad ética, práctica y política por los países adelantados. No queremos ser los nuevos bárbaros en las fronteras de un nuevo imperio, pero los imperios deben recordar y meditar sobre cómo han terminado las historias con los bárbaros.

Tenemos la voluntad de participar, creadora y activamente, en la construcción de una humanidad mejor, más equitativa y más libre. No renunciaremos a ese derecho y lo defenderemos para todos los pueblos del mundo.

Inserción estratégico-militar:

La Argentina no pertenece ni debe aspirar a pertenecer a ninguno de los dos grandes bloques militares que controlan una buena parte del mundo.

Debe considerar la existencia de dichos bloques como un peligro permanente para la paz mundial y apoyar todas las iniciativas tendientes al desarme. La Argentina tampoco debe aceptar que las divergencias entre los dos grandes bloques se diriman en escenarios bélicos y políticos de lo que se ha dado en llamar el Tercer Mundo y mucho menos aceptar para sí tal posibilidad.

Deberá condenar enérgicamente ese tipo de intervenciones y denunciar con el mismo vigor, la situación de naciones y pueblos al borde de la desintegración en virtud de injerencias externas que han exacerbado conflictos locales hasta convertirlos en guerras sin triunfadores posibles. Esta concepción, por otra parte, fundamenta su adhesión a los países “No Alineados”, cuya independencia de los dos bloques debe ser preservada y respetada integralmente por todos los miembros, sin falsas especulaciones ni dobles juegos.

El “Movimiento de No Alineados” no debe constituir un tercer bloque, ni sostener posiciones ideológicas específicas. Sus objetivos fundamentales deben ser la paz, la justicia, la independencia y la convivencia entre todos los pueblos.

Asimismo, debe sostener que la posesión de tremendos arsenales nucleares por parte de las grandes potencias no es una cuestión que concierna solamente a ellas. Un eventual conflicto bélico con el empleo de armas nucleares implicaría la destrucción de la Humanidad toda, y la Humanidad toda debe tener voz y voto en las discusiones para conjurar tan terrible y definitiva amenaza.

Un cambio en la mentalidad colectiva:

El esfuerzo para crear bases estables para la convivencia democrática en la Argentina debe pasar necesariamente por una reforma cultural que remueva el cúmulo de deformaciones asentadas en la mentalidad colectiva del país como herencia de un pasado signado por la disgregación.

El autoritarismo, la intolerancia, la violencia, el maniqueísmo, la compartimentación de la sociedad, la concepción del orden como imposición y del conflicto como perturbación antinatural del orden, la indisponibilidad para el diálogo, negociación, acuerdo o el compromiso, son maneras de ser y de pensar que han echado raíces a lo largo de las generaciones a partir de una histórica incapacidad nacional para la integración. Toda nación es el resultado de un proceso histórico integrador de grupos inicialmente desarticulados.

Detrás de cada unidad nacional hay un gran proyecto capaz de asociar en la construcción de un futuro común a fuerzas étnica, religiosa, cultural, lingüística o socialmente diferenciadas entre sí y provenientes, en general, de un pasado de disgregación. Uno de los rasgos distintivos de la Argentina ha sido nuestra ineptitud para delinear con éxito una empresa nacional de esta naturaleza. Un proyecto de país en el que todos los componentes de nuestra sociedad se reconocieran a sí mismos.

Otros países, conocieron en el pasado terribles luchas internas, pero supieron disolver sus dicotomías en unidades nacionales integradas, cuyos componentes se reconocen entre sí como parte del conjunto en un universo de principios, normas, fines y valores comunes.

Esta integración, aunque intentada varias veces, nunca alcanzó a prosperar en la Argentina, que mantuvo como una constante a lo largo de todo su itinerario histórico la división maniquea de su propia sociedad en universos político-culturales inconexos e inconciliables.

Nuestra historia no es la de un proceso unificador, sino la de una dicotomía cristalizada que se fue manteniendo básicamente igual a sí misma, bajo sucesivas variaciones de denominación, consistencia social e ideología.

Ahí están, como expresiones de esta división, los enfrentamientos entre unitarios y federales, entre la “Causa” yrigoyenista y el “Régimen”, entre el conservadorismo restaurado en 1930 y el radicalismo proscripto, entre el peronismo y el antiperonismo.

Bajo signos cambiantes, el país permanecía invariablemente dividido en compartimentos estancos que, en mayor o menor medida, se concebían a sí mismos como encarnaciones del todo nacional, con exclusión de los demás.

La Argentina no era una gran patria común, sino una conflictiva yuxtaposición de una patria y una anti-patria; una nación y una anti-nación. Como unidad política y territorial, la nación se asentaba en el precario dominio de un grupo sobre los demás y no en una deseada articulación de todos en un sistema común de convivencia.

Con el desarrollo económico, el país fue creciendo en complejidad, generando en su sociedad una progresiva diferenciación interna entre grupos políticos, corporativos y sectoriales, todos los cuales se tiñeron de aquella mentalidad animada por una conciencia cultural cerrada.

La Argentina ingresa a la segunda mitad del siglo XX con partidos compartimentados, organizaciones sindicales compartimentadas, asociaciones empresarias compartimentadas, fuerzas armadas compartimentadas, unidades culturalmente dispersas que sólo ocasionalmente se asociaban en parcialidades mayores, también excluyentes entre sí, pero nunca en esquemas de convivencia global.

En estos procesos de asociación, lo que se unía nunca era el país, sino un conglomerado interno que sólo lograba cifrar su propia unidad en la visualización del resto del país como enemigo. Este esquema, tuvo sus inevitables derivaciones en la mentalidad colectiva de los argentinos.

De él emanaron: el autoritarismo como forma natural de relación entre grupos que no concebían otro modo de coexistir que el de la imposición de unos sobre otros; la violencia como forma natural de interacción entre grupos que no reconocían la existencia de espacios normativos, axiológicos o finalísticos comunes.

La intolerancia como producto de una percepción también compartimentada de los valores. Cada grupo vivía bajo una constelación de valores percibida como una exclusividad propia e irreconocible en los demás.

La ineptitud para la negociación, el acuerdo, el compromiso.

En una sociedad maniquea, cada grupo asigna un carácter absoluto a sus propios objetivos, y no puede considerar satisfactorio para sí un destino plasmado en la concesión, la conciliación negociada de los propios intereses con los de los otros grupos.

La Argentina ha sido siempre un país donde la intransigencia, más allá de la necesaria para preservar principios, era considerada una virtud. Donde la expresión “no transar” se multiplicó en lemas de los más variados signos y donde “negociar” era considerado una traición o una claudicación indecorosa.

La concepción del orden como imposición y del conflicto como desorden. En una sociedad culturalmente desarticulada, que no reconoce la existencia de espacios normativos comunes entre sus grupos componentes, el orden sólo resulta concebible como producto de una acción coercitiva -y por lo tanto básicamente represiva- del grupo dominante. A la luz de esta concepción, las situaciones de conflicto son vistas como una quiebra antinatural del orden, como algo que debe ser reprimido.

De más está decir que todas estas propensiones y actitudes componen cabalmente el cuadro de una mentalidad colectiva poco receptiva para la democracia. De ahí también, que la debilidad de la democracia en la Argentina, la precariedad y la fugacidad de los esfuerzos desplegados hasta ahora por consolidarla, radiquen menos en sus instituciones, que en nuestro modo subjetivo de asumirlas. Se trata de un problema cultural más que institucional.

Puede decirse que todos los intentos de revivir la democracia, habidos hasta ahora en el último medio siglo han fracasado, en gran medida, porque se encaraba la tarea simplemente como un modo de manipular situaciones objetivas, desatendiendo la mentalidad, la interioridad cultural de la gente.

Se daba por sentado que las expectativas naturales de todos, o la inmensa mayoría de los argentinos, eran democráticas y que, si resultaban frustradas por el devenir histórico concreto

del país, era porque factores invariablemente exteriores a la mentalidad popular imponían por la fuerza soluciones antidemocráticas. Luchar por la democracia era siempre luchar contra otros. El enemigo estaba afuera y nunca dentro de nosotros.

En diciembre de 1983 se inicia por primera vez un esfuerzo de democratización basado en la conciencia de que la clave de los pasados regímenes autoritarios residía, menos en la fuerza intrínseca de los mismos, que en las posibilidades que tenían de asentarse sobre una cultura política general, disponible para aceptarlo.

Para nosotros, defender y consolidar la democracia significa luchar, no sólo contra fuerzas antidemocráticas objetivas, sino también contra las deformaciones culturales generadoras de aquella difundida disponibilidad subjetiva que les ha servido siempre de base de sustentación. En esta labor de democratización subjetiva, desempeñan un papel de enorme importancia los educadores, los periodistas, los dirigentes de las organizaciones sociales y representativas y los responsables de todos los medios de comunicación masiva.

Los caminos.

Proponemos una acción basada en un trípode fundamental: participación, modernización y ética de la solidaridad.

Una democracia participativa:

Heredamos un país que marginó de una vida social plena a los argentinos. Frente a un mundo agresivo donde reinaban la violencia, la desconfianza, la desunión y la indiferencia, los argentinos se habían acostumbrado a defenderse buscando refugio en la privacidad de los ámbitos más cercanos a su vida cotidiana, a su familia, a la sociedad de sus propios esfuerzos, al aquí y ahora, más que a un futuro que visualizaban como incierto.

De esta manera se redujo el espacio social en el cual transcurría la vida, y así se fueron perdiendo formas de unión y solidaridad tradicionales de nuestro país. Así desapareció la alegría del contacto humano y de la solidaridad fraterna.

Al vaciamiento económico, le siguió el vaciamiento afectivo en una sociedad donde primaba el desamparo. La democracia comenzó a sentar las bases para revertir esta situación de encierro en que vivía el conjunto de nuestro pueblo, pero más especialmente los desposeídos y la juventud.

La libertad, la paz, la lucha contra la inflación, la legalidad, fueron los presupuestos básicos que aseguraron al argentino la tranquilidad mínima en esos ámbitos más cercanos a los cuales había sido reducida su vida. Pero además comenzaron a conformarse las condiciones de seguridad y normalidad necesarias para que las fronteras de la vida cotidiana empezaran a extenderse en dirección de la solidaridad y la participación social.

Ahora los argentinos, al par que encuentran su propio lugar, comienzan a conocer el del otro. Y en este doble movimiento, de encontrar su lugar y reconocer el lugar del otro, se afirma la esencia de la democracia y se posibilita la participación.

La participación es un movimiento destinado a agrandar los espacios de libertad, de bienestar y de relación humana. No puede ser impuesto desde factores externos a la vida misma de quienes participan, pero necesita del estímulo y del apoyo del conjunto de las instituciones públicas y privadas.

Es un movimiento que provoca cambios en la mentalidad colectiva y, consecuentemente, en las instituciones. Estos cambios están dirigidos a promover la integración de los argentinos entre sí, así como entre éstos y sus organismos representativos y recupera la solidaridad y el sentido de unión nacional.

Es necesario crear las condiciones para que se afiancen los valores emergentes de la solidaridad y la tolerancia, recordando así la confianza en el otro que permitirá desarrollar este movimiento de participación, de modo que signifique una práctica democrática cotidiana.

Las propuestas de participación deben estar necesariamente entrelazadas con la vida cotidiana y los intereses más vitales de cada argentino. Deben estar orientadas a las aspiraciones más importantes y vinculadas con la satisfacción de necesidades

concretas de modo que cada joven se sienta hacedor de su propia vida y constructor de la nueva sociedad. Hay todavía supervivencias de aquel mundo exterior agresivo que indujo a los argentinos a enclaustrarse en su ámbito privado y a confiar sólo en lo que les era cercano.

Pero tenemos que estar convencidos de que el argentino de hoy quiere trascender ese círculo de lo inmediato. No se contenta con lo que tiene, quiere progresar, ansía encontrar caminos de integración social, busca espacios que le permitan ampliar su vida personal, y está dispuesto a realizar los esfuerzos necesarios para lograrlo.

El concepto de esta democracia participativa que buscamos impulsar, representa una extensión e intensificación del concepto moderno de democracia, y no se contrapone en modo alguno al de democracia formal. Toda democracia es formal, en tanto implica normas y reglas para contener, delimitar y organizar la actividad política y el funcionamiento de las instituciones del Estado y de la sociedad.

Y toda democracia, por definición, implica también la participación de la ciudadanía en las decisiones políticas.

El precepto constitucional, según el cual el pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes, no excluye, por cierto, otros mecanismos de participación. De lo que se trata, entonces, es de ampliar las estructuras participativas fijadas por la misma Constitución, y dar canales de expresión adecuados a los partidos políticos, las organizaciones sociales, los municipios, las instituciones barriales y vecinales.

Estamos convencidos de que cuanto más una persona participa junto a otras en la acción, con miras a ciertos fines colectivos, tanto más cobra conciencia de esos fines y se siente entonces aún más impulsada a trabajar mancomunadamente para alcanzarlos.

Una ética de la solidaridad:

Cambiar la mentalidad arraigada en nuestra sociedad, eliminar sus componentes de autoritarismo, de intolerancia, de

egoísmo, de predisposición a la compartimentación sectorial y de ineptitud para el diálogo y el compromiso, constituye una empresa cuyo punto de llegada no puede ser otro que la construcción de una nueva voluntad colectiva.

Desde el momento en que esa empresa se plantea como creación y desarrollo de una sociedad solidaria, contra todos los factores de disgregación que aún perduran entre nosotros, la tarea adquiere una insoslayable y decidida dimensión ética.

Accedemos aquí, entonces, a otro de los pilares del trípode que define los cimientos de nuestra propuesta: una ética de la solidaridad. Desde ese ángulo ético -que no es aislable de los otros y que los contiene- se enunciarán algunas de las condiciones y de los objetivos del proyecto de sociedad hacia el cual apuntamos, esto es, el de una sociedad democrática participativa, solidaria y eficiente.

Desnaturalizada por el utilitarismo individualista clásico, rechazada como mera ideología por los varios mesianismos decimonónicos, la ética ha corrido el riesgo, ya de convertirse en un mero ejercicio escolástico o antropológico, ya de degradarse en un simple recetario catequístico de las “buenas” y “malas” acciones.

Pero desde el momento en que el pensamiento moderno pone al desnudo, tanto los caminos sin salida del egoísmo utilitarista, como los atolladeros de una aprehensión determinista natural de la Historia, la sociedad aparece como lo que realmente es: el producto abierto de una sucesión de proyectos, de decisiones, de opciones.

Así, pues, abriendo las puertas de la elección entre alternativas, el pensamiento y la política moderna recuperan los interrogantes básicos de la ética en tanto hombres y grupos buscan una fundamentación a sus proyectos. ¿Por qué es mejor el orden que la anarquía?, y ¿cuál o cuáles, entre los órdenes políticos, son preferibles? Estas preguntas medulares de la filosofía política comportan una clara dimensión moral, frente a la cual toda concepción mecanicista de lo social no es más que una coartada.

En muchos aspectos, la sociedad argentina ha sido -y hasta cierto punto continúa siendo- una sociedad fuertemente influida por el egoísmo de sus clases dirigentes. Incluso, un cierto pensamiento individualista cree aún que la armonía social es posible fomentando ese egoísmo. Ese egoísmo ha debilitado la solidaridad social, generando situaciones de desamparo y miedo que nos han hecho particularmente permeables a las pseudosoluciones mesiánicas -populistas y otras-, en las que el individuo aislado busca una instancia exterior en la cual reconocerse y bajo la cual protegerse. El egoísmo ha sido así, caldo de cultivo tanto del autoritarismo pseudoliberal como del mesianismo populista.

Contra esos callejones sin salida, se impone afirmar una ética de la solidaridad, que procure poner de relieve la armonía de la creación, desvirtuada tantas veces. En tal sentido -y esto es fundamental-, una ética de la solidaridad implica que la sociedad sea mirada desde el punto de vista de quien está en desventaja en la distribución de talento y riquezas.

Pero si no queremos incurrir en vacuidad, debemos definir los ejes fundamentales de esa ética. Dicho en términos claros, en los marcos de un proyecto de modernización, la forma que ha de asumir una ética de la solidaridad consistirá en resolver equitativamente el problema de los distintos sectores en su interacción social.

En una sociedad con creciente complejidad, donde chocan múltiples intereses y en la que han caducado los mecanismos corporativos de relación social, es preciso imaginar y construir un sistema de justicia, en la organización democrática de la sociedad y de igualdad, en la búsqueda de la realización personal.

Es aquí donde hay que acudir a la idea del pacto democrático, esto es, de un compromiso que, respetando la autonomía de los actores sociales, defina un marco global compartido dentro del cual los conflictos puedan procesarse, sin desembocar en el caos, y las diferencias coexistan, sin disolverse.

La concepción del pacto aparece en el mundo moderno como el único esquema de referencia que permite conciliar la

existencia de una pluralidad diferenciada de sujetos sociales con un principio ordenador que intermedie en los movimientos de cooperación necesarios para la convivencia social.

Pero, ¿cómo presentar una versión válida del pacto democrático efectivamente conciliable con una ética de la solidaridad? Para ceñir este problema, basta con evocar la persistente tensión planteada entre libertad e igualdad, está en el centro de las discusiones y de las creencias políticas contemporáneas. Piénsese en la tradición liberal, en el pensamiento social de la Iglesia, en los movimientos obreros y socialistas.

Al respecto, pensamos que para comenzar a superar esa tensión es necesario enriquecer y, por tanto, redefinir la noción tradicional de ciudadano -o de ciudadanía-, reconociendo que ella abarca, además de la igualdad jurídico-política formal, otros muchos aspectos, conectados con el ser y el tener de los hombres, es decir, con la repartición natural de las capacidades y con la repartición social de los recursos.

Es claro, hay una distribución natural desigual. Hay, asimismo, una distribución social e histórica desigual de riquezas, estatus, réditos. Esas desigualdades acarrearán consecuencias que son incoherentes o contradictorias con el hecho de reconocer a cada uno como miembro con igual dignidad en el seno de la cooperación social.

Un pacto democrático basado en esa ética de la solidaridad supone la decidida voluntad de que esté sustentado en condiciones que aseguren la mayor justicia social posible y, consecuentemente, reconoce la necesidad de apoyo a los más desfavorecidos.

La modernización.

Dado el proyecto de sociedad aquí propuesto, la modernización que se propugna ha de estar en concordancia con las premisas y condiciones de dicho proyecto.

No se trata de modernizar con arreglo a un criterio exclusivo de eficientismo técnico -aun considerando la dimensión tecnológica de la modernización como fundamental-; se trata

de poner en marcha un proceso modernizador tal que tienda, progresivamente, a incrementar el bienestar general, de modo que la sociedad en su conjunto pueda beneficiarse de sus frutos.

Una modernización que se piense y se practique pura y exclusivamente como un modo de reducir costos, de preservar competitividad y de acrecentar ganancias es una modernización estrecha en su concepción y, además, socialmente injusta, puesto que deja por completo de lado las consecuencias que los cambios introducidos por ella acarrearán respecto del bienestar de quienes trabajan y de la sociedad en su conjunto.

Aquí se propone una concepción más rica, integral y racional de la modernización que, sin sacrificar los necesarios criterios de la eficiencia. los inserte en el cuadro más amplio de la realidad social global, de las necesidades de los trabajadores,³ [de las demandas de los consumidores e incluso de las exigencias de la actividad económica general del país.

Sin duda, esta concepción integral de la modernización, que sólo es pensable en un marco de democracia y de equidad social, planteará dificultades y problemas en ocasión de su implementación efectiva. Se sabe que no siempre es fácil conciliar armoniosamente eficiencia con justicia. No obstante, desde la óptica de una ética como la que aquí se promueve, se ha de mantener que tal es la concepción más válida de la modernización, ya que sólo hay modernización cabal donde hay verdadera democracia y, por lo tanto, donde hay solidaridad.

En rigor, el razonamiento implica postular la propuesta de un proyecto de democracia -como tal opuesto a otros proyectos- y de ninguna manera afirma que democracia y modernización estén por fuerza vinculadas históricamente.

³ Debido a que el audio de Radio Nacional Argentina se interrumpe, pero continúa párrafos siguientes, lo que sigue entre corchetes es extraído de la publicación *Revista La Ciudad, punto de encuentro*. "Para releer: Alfonsín en Parque Norte, 01/12/1985 (3er. Movimiento Histórico)", Concepción Uruguay, Entre Ríos. En <https://laciudadrevista.com/para-releer-alfonsin-en-parque-norte-01121985-3er-movimiento-historico/>. Cada vez que se interrumpa el archivo sonoro, procederemos a colocar esta indicación.

El “trípode” es un programa, una propuesta para la colectividad, no una ley de la historia. Sólo podrá realizarse si se pone a su servicio una poderosa voluntad colectiva. En política, los términos no son neutrales ni unívocos, deben ser definidos. Ya lo hicimos al precisar nuestra concepción de democracia.

También son varios los significados de modernización. Nosotros la concebimos, taxativamente articulada con la democracia participativa y con la ética de la solidaridad. Toda modernización es un proceso socialmente orientado, surge de una matriz cultural, responde a determinados valores -lo cual significa que rechaza a otros- y se vincula con determinados intereses.

En ese sentido, es históricamente cierto que democracia y modernización no han marchado siempre juntas y que antes y ahora se han planteado proyectos de modernización económica que no se compadecen con una sociedad democrática. Bajo el capitalismo y bajo el socialismo se han dado procesos de modernización autoritaria; los ejemplos son múltiples, y en general se vinculan con ideologías extremadamente liberales que confían en el egoísmo del mercado o con ideologías extremadamente estatistas que confían en la planificación centralizada y compulsiva.

Frente a una modernización que se basa en el refuerzo de los poderes privados, y otra que se basa en el refuerzo de los poderes del Estado, la modernización en democracia y en solidaridad supone reforzar los poderes de la sociedad, autónomamente constituidos.

¿Cuál es el marco de referencia en el que se encuentra colocada de manera predominante, en el mundo contemporáneo, la discusión sobre la modernización?

Parece evidente que el énfasis está colocado en los aspectos económicos y tecnológicos. Es natural que así sea, porque tras un período de crisis de las ideologías, de desideologización de los hábitos políticos, se acumulan los resultados de una revolución tecnológica de una magnitud tal -sólo comparable al producido hace dos siglos por la Revolución Industrial- que, además de su efectividad real como instrumento de cambio de

la vida cotidiana, ha adquirido el carácter de un mito colectivo potencialmente peligroso, en tanto se constituya al margen de la democracia y de la ética de la solidaridad.

El pensamiento tradicionalista, presentado como mera inversión del anterior, ofrece una respuesta simple al rechazo del progreso que la innovación tecnológica promueve y el refugio en un mundo nostálgico. Pero ni las afirmaciones simples, ni las respuestas simples sirven históricamente; se hace necesario aceptar el desafío de la modernización y a la vez despojarlo de sus peligros autoritarios y de su amoralidad tecnocrática. Por razones particulares, que trataremos de despejar ahora, ese problema es crucial en nuestro presente.

Modernización: El tema de la modernización no es nuevo en la historia social argentina. En rigor, el primer momento clásico de los procesos de modernización -el pasaje de una sociedad tradicional a otra de masas- ya ha sido cubierto entre nosotros hace décadas. Esta modernización ha agotado su capacidad expansiva sin que haya sido reemplazada por otra propuesta de desarrollo. La crisis de las primeras formas de modernización es simultánea con otro proceso de nuestra decadencia, coincide con una verdadera mutación que se está operando en los países centrales.

Esta asincronía entre nuestra crisis y los rápidos procesos de cambio tecnológico que se están dando en el mundo, acentúa el dramatismo del caso argentino y la necesidad de definir urgentemente el paso hacia una nueva modernización.

¿Cuáles deberían ser sus características? Hay, en primer lugar, una dimensión económica y tecnológica. No hay política de modernización que pueda dejar de lado esa dimensión y, en tal sentido, debe constituir un eje definitorio de propuestas para el futuro. Frente a una frontera científica y tecnológica, que en los países centrales se expande a la vez en tantas direcciones y con tal velocidad, está claro que la Argentina no puede quedar como espectadora de avances ajenos y como consumidora pasiva de sus logros.

Es necesario superar desgastantes antinomias planteadas entre ciencia básica, ciencia aplicada y desarrollo tecnológico. Sin ciencia no habrá más que tecnología escasa o exógena, cuya evolución será frágil y temporaria; sin tecnología, los beneficios producidos por la ciencia para el país carecerán de efecto multiplicador y quedarán limitados a ámbitos cerrados.

El papel de la universidad, crucial para el desarrollo de la investigación científica, solo podrá concretarse acabadamente en el contexto de una modernización global de la sociedad y su aparato productivo, para que sus egresados sean el puente efectivo entre los conocimientos logrados y su aprovechamiento concreto.

Ello implica, tanto la adecuación de programas de estudio y criterios pedagógicos a los avances de la ciencia y la tecnología contemporáneas, como la creación de los cauces indispensables en las actividades económicas a fin de no dilapidar esfuerzos.

No habrá producción moderna sin el aporte de la ciencia ni habrá investigación realmente útil para el país sin centros de actividad, públicos y privados, que estén en condiciones de aplicar sus resultados. La ciencia y la investigación también deberán estudiar y prever los efectos que tendrá sobre la sociedad, la incorporación de las nuevas tecnologías, a fin de aportar los elementos necesarios para potenciar las consecuencias positivas y neutralizar las negativas.

La política de fondo para la ciencia debe asegurar el crecimiento y la vitalidad de la base científica del país en el largo plazo; la política tecnológica, por su parte, debe asegurar una capacidad de decisión autónoma para encarar opciones de distintos grados de complejidad y la capacidad de generar y transferir tecnologías adaptadas a las necesidades e intereses nacionales. Es necesario promover la consolidación de una tradición de desarrollo tecnológico en las unidades productivas, tanto las estatales como las privadas.

Frente a la tradicional política de comprar la tecnología -muchas veces sin tener parámetros para evaluar qué se está comprando-, es necesario impulsar acciones de adaptación, de

mejora, de perfeccionamiento y de innovaciones, tanto menores como de gran alcance.

Es ya un lugar común decir que se debe poner el énfasis en asimilar y desarrollar autónomamente las tecnologías de punta, la informática, la electrónica y sus aplicaciones, la biotecnología, la petroquímica y el desarrollo de nuevos materiales, Y ya se ha señalado que autonomía no es autarquía. Hay suficiente experiencia internacional para abandonar la idea de un país absolutamente aislado y autosuficiente.

Recalamos que es esencial no perder de vista esa frontera científico-técnica que se expande, y trabajar para llegar a ocupar posiciones en su línea de avance, las que mejor convengan a nuestro proyecto de modernización estructural. Pero al establecer nuestras prioridades, no podemos dejar de señalar que, en una primera etapa, nuestro bienestar e independencia se seguirán basando en el uso racional e inteligente de recursos tradicionales como la agricultura, la pesca, la minería y las industrias ya establecidas: metalúrgica y bienes de capital, alimentos, química, etcétera.

Mucho se puede avanzar en la necesaria modernización de estos sectores mediante el aporte del sistema científico-técnico con que cuenta nuestro país. Asimismo, se debe procurar que esa carga no recaiga de un modo unilateral en el Estado, sino que llegue a ser también parte de la actividad normal de las empresas privadas, tal como ocurre en otras partes del mundo.

Pero con esto no se agota el debate sobre la modernización, salvo que, como hemos señalado, caigamos en el mito tecnológico.

Las relaciones que deben establecerse entre modernización y justicia social, y entre modernización y democracia pasan a ser cruciales para deslindar este proyecto de los de la izquierda anacrónica, del populismo y del liberalismo económico. Las crisis de los primeros ciclos de modernización han dejado al

desnudo entre nosotros las falencias con las que ellos se estructuraron en el momento de su expansión]⁴.

La Argentina creció por agregación y no por síntesis. La modernización y la industrialización fueron así suturando procesos de cambio a medias, incompletos, en los que cada transformación arrastraba una continuidad con lo viejo, sobrea-gregándose a ello.

De hecho, la sociedad se fue transformando en una suma de agregados sociales que acumulaban demandas sobre el Estado y se organizaban facciosamente para defender sus intereses particulares.

El resultado de esa corporativización creciente fue una sociedad bloqueada y un Estado sobrecargado de presiones particularistas que se expresaba en un “ordenansismo” jurídico cada vez más copioso y paralizante, a la par que sancionaba sucesivos regímenes de privilegio para distintos grupos.

Los costos de funcionamiento de una trama social así organizada sólo podían ser financiados por la inflación que, como veremos, se transformó entre nosotros en la forma perversa de resolución de los conflictos.

En las condiciones, y bajo las necesidades de hoy, encarar una nueva modernización como salida para la prolongada crisis de la anterior, implica crear, en lugar de esa sociedad bloqueada con la que culminó el ciclo anterior, una sociedad flexible.

¿Qué entendemos por flexibilidad de la sociedad? Obviamente, no se trata de propugnar la disolución de todos los elementos de orden y disciplina social, consensualmente aceptados. La flexibilidad no es la anomia, el rechazo de los valores que constituyen la estructura de toda convivencia civilizada. Pero si el respeto a las normas es indispensable para sostener la vida en común, un exceso de rigidez en las mismas puede acarrear la presencia de frenos para la innovación.

⁴ A partir de aquí continúa el archivo sonoro de Radio Nacional Argentina y la desgrabación del mismo.

Las sociedades tratan de buscar el equilibrio entre la continuidad y el cambio. Tal como lo postulamos, la flexibilidad significa posibilidad de aperturas a nuevas fronteras. Implica, además, consolidar en todas las dimensiones el rasgo más elocuente de la modernización, que es la capacidad de elección de los hombres frente a la obediencia ciega ante la prescripción.

Dadas las características con las que se dio nuestro crecimiento, tenemos a nuestras espaldas bastiones de derechos adquiridos, nichos de privilegios que se fueron sobre agregando a nuestra legislación, haciendo que nuestro estado social no fuera el producto de una universalización de derechos, sino la sumatoria de derechos particulares que generaban una ineficiencia generalizada.

La manera en que se ha organizado entre nosotros la previsión social y el derecho a la salud -dos conquistas fundamentales de la sociedad contemporánea-, son un ejemplo palmario de esta dilapidación de recursos humanos y materiales.

En el caso de nuestra economía, esta rigidez es también un elocuente testimonio de nuestros fracasos. ¿Cuántos recursos se despilfarraron por carencia de una mayor flexibilización de las normas de trabajo, de producción y de gestión?

Y esta rigidez paralizante, abarca tanto a los sectores público como al privado. porque la sociedad es una y sus vicios de crecimiento han empapado a todos los sectores.

Al plantear esta exigencia de flexibilidad en todos los órdenes como una característica central de la modernización en la Argentina, buscamos, además, desplazar la discusión de los ejes en los que habitualmente se la coloca. Nos referimos a una homologación simplista entre modernización y cambio tecnológico.

La incorporación de tecnologías de punta no tiene efectos mágicos, no moderniza automáticamente a una sociedad y, menos aún, garantiza que la modernización sea compatible con la participación y con la solidaridad. Transformar en eficiente una sociedad quiere decir, sobre todo y antes que nada, mejorar la calidad de la vida de los hombres.

En ese sentido, el proceso procura modernizar no sólo la economía, sino también las relaciones sociales y la gestión del Estado, dotando a los ciudadanos de cuotas crecientes de responsabilidad, a fin de asociarlos a una empresa común.

La modernización no es un tema exclusivo de las empresas, es toda la sociedad la que debe emprender esa tarea y con ella la nación, redefiniendo incluso su lugar en el mundo. Modernizar es, también, encontrar un estilo de gobierno que mejore la gestión del Estado y que plantee, sobre otras bases, la relación entre éste y los ciudadanos.

Este debate acerca del papel del Estado y de las relaciones entre éste y la sociedad -que comienza por distinguir una dimensión de lo público como diferente de lo privado y de lo estatal- deberá ser tomado por la comunidad como uno de los temas claves del momento.

Como tal, debería ser considerado con mayor seriedad que lo que se hace hasta ahora, cuando el campo parece sólo ocupado por los privatistas y por los estatistas a ultranza.

Consideramos esencial revertir el proceso de centralización, que se ha venido produciendo desde hace décadas en la administración del Estado, no sólo para alcanzar un objetivo de mayor eficiencia, sino también, y fundamentalmente, para asegurar a la población, posibilidades más amplias de participación.

Existe una relación inversamente proporcional entre centralización y participación. Una gestión estatal muy concentrada implica confiar el manejo de la cosa pública a un núcleo burocratizado de la población, que desarrolla como tal, conductas sujetas en mayor medida a sus propios intereses corporativos, que al interés general de la población.

Descentralizar el funcionamiento del Estado significa al mismo tiempo abrirlo a formas de participación que serán tanto más consistentes cuanto mayor sea su grado de desconcentración.

Descentralizar es un movimiento no sólo centrífugo, sino también descendente, que baja la administración estatal a niveles

que pueden reservar a las organizaciones sociales intermedias, un papel impensable en un sistema de alta concentración.

Si al modernizar queremos mantener vigente la solidaridad y la participación, y este -como hemos visto- es nuestro programa para la Argentina que quiere entrar al siglo XXI hace falta convocar a toda la sociedad, a los ciudadanos y a las organizaciones, para poner en marcha una discusión franca y constructiva que permita superar los bloques que nos condenaron a la decadencia.

La desburocratización, que busca liberar fuerzas contenidas por una cultura corporativa, no implica necesariamente privatización en el sentido vulgar de los reclamos de los ultraliberales. Si rechazamos al estatismo agobiante que frena la iniciativa y la capacidad de innovación, no ignoramos que la rigidez y la defensa de bastiones privilegiados, no ha sido sólo patrimonio del Estado, sino también de la empresa privada.

Se trata de un problema de toda la sociedad argentina, y no meramente de una parte de esa sociedad como es el Estado.

Las dificultades que debemos enfrentar.

La violencia en nuestra cultura política.

Después de muchas décadas, la sociedad argentina ha logrado crear las condiciones necesarias para poner en marcha formas de organización política basadas en la juridicidad.

Desde 1930 en adelante, el sistema político se fue constituyendo alrededor de la violencia y de la ajuridicidad.

Primero fue la violencia del golpe militar interrumpiendo un doloroso y largo proceso de construcción democrática en el cual se habían comprometido las élites más lúcidas del país y al que habían aportado su voluntad las grandes masas populares.

Luego, en los aciagos años treinta, fue la violencia del fraude, desnaturalizando ese acto trascendental de la democracia que es la elección por los ciudadanos de sus representantes.

Más tarde, recuperada la posibilidad del voto popular, y reabierto los cauces para una ampliación de la democracia a través de la implantación de una ciudadanía social que integraba definitivamente a las grandes masas a la sociedad nacional, la

violencia, sin embargo, no desapareció del sistema político y llegó a asumir la forma de un partido hegemónico que dificultaba la competencia por el poder.

Por fin, superada esa experiencia, la violencia política se expresó en la recurrencia de las intervenciones militares, que derrocaron en las últimas tres décadas a todos los gobiernos surgidos de comicios.

En el período que nace a principios de los años '70, esta ajuridicidad, que había marcado la vida de varias generaciones de argentinos, ocupó la totalidad del espacio institucional y se derramó hacia la sociedad entera. Vivimos entonces -y recién estamos saliendo de ello- el horror de una comunidad nacional que pareció perder los hábitos de la convivencia civilizada, sometida al pánico engendrado por los violentos de todo signo.

En octubre de 1983, esta sociedad, aún aturdida por el dolor, votó masivamente por la vida contra la muerte y reafirmó, el último 3 de noviembre, la voluntad de no dejarse arrebatar la esperanza de una existencia en paz.

Somos conscientes de que estamos poniendo los cimientos para una reconstrucción del orden civilizado en la Argentina.

Sabemos, también, que la tarea no es ni será sencilla, porque los hábitos perversos no se derrotan fácilmente, y porque quedan aún nostálgicos del terror que harán lo posible para que retornen los tiempos oscuros que les sirvieron para medrar.

Contra todos los obstáculos, la tarea fundacional de la democracia -que no es de un gobierno ni de un partido, sino que es responsabilidad de todo el pueblo- habrá de persistir tenazmente, hasta borrar para siempre los componentes autoritarios que durante más de cincuenta años enfermaron a nuestra sociedad y envilecieron a sus instituciones.

Vamos duramente, pero con la confianza de quienes están construyendo sólidas bases, hacia una experiencia democrática continua y afianzada.

La ajuridicidad montada sobre la violencia destruye las instituciones. Todas las instituciones: en primer lugar, las políticas,

pero también las económicas, las sociales, las culturales. Al transformarse en una estructura permanente, en el aparente horizonte al que todos deben mirar, penetra hondamente en la vida cotidiana, empapa los comportamientos, transforma a la inseguridad en costumbre y al egoísmo en rutina. Cuando se incita a una comunidad a vivir en los marcos del “sálvese quien pueda”, se está destruyendo la dimensión ética de la vida.

La inflación como sistema de una sociedad facciosa.

Uno de los síntomas más claros de la inmoralidad argentina de las últimas décadas estuvo expresado por la persistente presencia del flagelo inflacionario.

Al encarar frontalmente su erradicación tuvimos clara conciencia de que las medidas adoptadas eran algo más que los elementos de una reforma económica. Ellas implicaban poner las bases para una reforma política y, más profundamente aún, para una reforma de nuestras costumbres, para una reformulación de nuestra moral colectiva.

La inflación es la otra cara de la violencia y de la anomia, el reverso de una misma medalla, la de la decadencia social. La sociedad argentina fue llevada a adquirir los rasgos de una sociedad facciosa, la depreciación de la moneda implicaba simultáneamente la depreciación de todos los valores de la solidaridad colectiva.

Los necesarios conflictos que recorren la trama de toda sociedad moderna se resolvían de manera a la vez ilusoria y perversa, mediante los mecanismos de alivio transitorio y sólo nominal que la creación ficticia de papel moneda procuraba. Los comportamientos defensivos y las actitudes corporativas, especulativas, facciosas, de los grupos sociales encontraban su realimento en la cultura de la inflación.

Ningún compromiso colectivo se hace posible en esas condiciones de exacerbación del egoísmo. Y la democracia es, por definición, un compromiso de voluntades racionales que eligen decidir sobre su destino.

En oportunidad de ponerse en marcha la reforma económica señalamos que, “si el problema económico no es resuelto,

la vida política de la nación correrá serios riesgos”. Es que, corroída en sus bases éticas, la vida política bajo la cultura de la inflación, abre las puertas a la indiferencia ciudadana o a las falsas soluciones mesiánicas.

Crisis e innovación.

Sabemos que estamos viviendo una época de transición. Por voluntad de la mayoría, un ciclo ha terminado. Un ciclo largo que hemos definido reiteradamente como de decadencia económica, institucional y moral.

Lo que nace, y lo que muere, se entrecruzan; la innovación coincide con la crisis en un movimiento todavía mezclado. La crisis de la que intentamos salir es, seguramente, la más grave y profunda de este siglo, y la innovación que buscamos implantar es la de la democracia como forma política pero también como forma de vida, como sistema y como estilo de convivencia entre los hombres.

No habremos triunfado hasta que estas dos dimensiones se hayan hecho una, hasta que las rutinas del autoritarismo que marcó nuestras vidas sean transformadas por las rutinas de la democracia. En una palabra, hasta que ésta no descanse solamente en las formas institucionales, sino que penetre en la íntima conciencia de cada argentino.

En este sentido, la crisis no es sólo un obstáculo, la comprobación de la enfermedad en un cuerpo sano (un bloqueo económico y social para una empresa de modernización). En su remoto origen lingüístico, “crisis” significa también discriminar y decidir.

Debemos rescatar el momento productivo de la crisis como estímulo para la capacidad de elegir entre alternativas. Más aún, es porque los hombres y los pueblos son capaces de erigir proyectos alternativos a las situaciones de injusticia y de decadencia que las crisis estallan. Ellas no son un fenómeno de la naturaleza, sino una producción de la historia.

Las crisis llevan en sí la potencialidad de la innovación. Marcan los momentos de emergencia de nuevas demandas, de

nuevos proyectos de vida, de nuevos actores sociales y de recuperación de la iniciativa y de la capacidad de invención colectiva.

Es la elección por la alternativa de la democracia lo que provocó la crisis del autoritarismo. Pero lo hemos dicho ya, la democracia remite a dos niveles: es, por un lado, un procedimiento ciudadano sobre el que se basa un orden político. Y es, por el otro, un espacio, el único legítimo, para imponer en él proyectos de transformación social.

Ambas dimensiones, aunque no estén históricamente fusionadas, deben tender a complementarse. Si la democracia no es capaz de amparar procesos transformadores, procesos que en la Argentina de hoy se resumen en el imperativo de modernizar al país sin abdicar de una ética de la solidaridad, fracasará también, inevitablemente, como procedimiento, como régimen político.

La estrategia.

Esas son nuestras dificultades. Para abordarlas, resulta imprescindible elaborar una voluntad democrática moderna, que esté a la altura de la necesidad de innovación formal y sustantiva que reclaman los tiempos.

Por cierto, que no partimos de cero. Si bien es verdad que los grandes sistemas ideológicos están en crisis, es verdad también que esa crisis libera elementos parciales que aceptan una recomposición en un nuevo consenso integrador.

Pensamos en una síntesis que recupere lo mejor de las grandes tradiciones políticas argentinas y que, al hacerlo, sea capaz de constituir una nueva voluntad colectiva que sea algo más que una suma de programas parciales.

Esta voluntad democrática colectiva no implica uniformidad; significa un piso común de creencias capaces de contener dentro de sí al pluralismo y a la diversidad.

Al transformar diferentes problemas planteados por variadas ideologías en temas comunes, una nueva voluntad democrática se consolida porque es capaz de penetrar, como un lenguaje compartido, en la mayoría de las propuestas políticas y sociales, respetando su particularidad.

En esta etapa de transición, en este momento fundacional, parece no sólo legítimo, sino también indispensable recuperar y resignificar esos valores heredados.

Pero es también cierto, sin embargo, que un consenso democrático moderno no puede contentarse con rearticular contenidos provenientes de concepciones anteriores. Debe también incorporar otros, surgidos más recientemente, producto de nuestra contemporaneidad.

Las sociedades modernas asisten a procesos de creciente diferenciación y complejidad sociales. Emergen nuevos sujetos, portadores de nuevas demandas, de nuevos temas de convocatoria. Ellos también deberán tener su lugar en el emprendimiento común.

La convocatoria.

Desde hace dos años, luego de un largo lapso de desencuentros y frustraciones, la Argentina transita decididamente los caminos de la democracia. Ha costado acceder a ella, como lo muestran los padecimientos y obstáculos que hemos debido sobrellevar para alcanzarla, y costará sin duda afianzarla definitivamente, ya que la hemos conquistado en medio de terribles limitaciones y problemas de orden económico, social y políticos. Algunos de ellos heredados de nuestra historia reciente, otros provenientes del proceso global de crisis y de transformaciones profundas que vive el mundo en la hora actual.

La democracia argentina no es débil, en la medida en que cuenta con medios y voluntades para sostenerse. Pero tampoco es aún una democracia consolidada, puesto que tanto esos medios, como sobre todo esas voluntades, no han logrado todavía que la adhesión espontánea del ciudadano argentino a la democracia se traduzca en la interiorización de hábitos de convivencia política que hagan literalmente inconcebible cualquier sueño de involución autoritaria.

He aquí una tarea que debe ser asumida, y para la cual son necesarias iniciativas específicas. Dicho esto, sin embargo, es preciso tener en cuenta que la consolidación de la democracia sólo define el marco, fundamental, por cierto, en el interior del cual un conjunto de determinados objetivos se encuadra.

Esos objetivos han sido motivo de esta exposición y se resume en el logro de una sociedad moderna, participativa y solidaria. También en este caso, determinadas iniciativas deben ser puestas en marcha.

La historia argentina, en casi todo lo que va del siglo XX, es la de un país cuyas relaciones sociales no han estado sujetas, como lo dijimos, a un pacto de convivencia.

Las múltiples luchas que precedieron el acceso al gobierno del radicalismo, la violenta restauración conservadora del '30, auspiciada por previos conflictos y perturbaciones del orden social, la irrupción del peronismo como fórmula frontalmente opuesta a las expresiones políticas preexistentes, y la posterior revancha antiperonista, constituyeron sucesivas manifestaciones de una misma indisponibilidad para convivir en un marco globalmente compartido de normas, valores e instituciones.

Sobre ese trasfondo histórico, caracterizado por la ausencia de un universo normativo globalmente reconocido e institucionalizado, sólo hubo lugar -salvo breves excepciones- para una ficción de democracia, o bien, como ocurrió las más de las veces, para la instauración abierta del autoritarismo.

En este sentido, cabría decir que la democracia no debe ser restaurada, sino construida en nuestro país. Ahora bien, cuando hablamos de construcción de la democracia no nos estamos refiriendo a una simple abstracción; nos estamos refiriendo a la fundación de un sistema político que será estable en la medida en que se traduzca en la adopción de rutinas democráticas asumidas y practicadas por el conjunto de la ciudadanía.

Las normas constitutivas de la democracia presuponen y promueven el pluralismo y, por lo tanto, la pacífica controversia de propuestas y proyectos acerca del país que anhelamos.

Los objetivos antes enunciados, cuya síntesis cabe en la fórmula de una sociedad moderna, participativa y éticamente solidaria, constituye, en ese sentido, uno de tales proyectos.

Tenemos, sin embargo, la convicción de que no se trata de un proyecto más; de que, sin perjuicio de ser discutido, corregido,

perfeccionado, posee una capacidad convocante que excede, por sus virtualidades propias, los puntos de vista particulares de un sector, de una corporación e incluso de una agrupación partidaria. Sin duda, esa capacidad ha de ponerse a prueba.

Tal es, al fin y al cabo, el principal motivo de esta convocatoria. De ser escuchada, habrá de afirmarse bajo la forma de coincidencia de fuerzas políticas y de concertaciones de las organizaciones sociales.

En sus términos más sustantivos, la convocatoria implica una propuesta de reformas específicas a nivel económico, político, social, cultural e institucional. Tal propuesta, que tiene como guía el objetivo fundamental, ya enunciado, una sociedad moderna, participativa y solidaria, deberá, como es natural, ser precisada y desarrollada oportunamente con el concurso de cuantos quieran sumarse al proyecto.

Al partido político más viejo de la Argentina, la historia le abre hoy la posibilidad de ser la fuerza aglutinante para la construcción del país nuevo, del país moderno.

La Unión Cívica Radical está llamada a ser el partido de la convocatoria para el futuro y esto no es fruto de una casualidad. Su primera gran función histórica fue la de instaurar la democracia concreta en los marcos que las fuerzas organizadoras del país habían delineado a partir de mediados del siglo pasado, pero que se habían limitado en la práctica a un restringido sector social.

El radicalismo completó la primera modernización del país con la incorporación de la ciudadanía a la vida política. Su convocatoria no se redujo, sin embargo, a la mera aplicación de las reglas constitucionales en plenitud y a la vigencia del sufragio universal y secreto.

Una concepción ética de la política y un profundo sentido de la justicia social se sumaron a la propuesta democrática, en términos no excluyentes de ningún sector y, aparentemente, desligados de las grandes líneas ideológicas que desde hacía dos siglos canalizaban las inquietudes sociales y políticas de los países de Occidente.

Por cierto, que el radicalismo era una fuerza renovadora y opuesta al conservadorismo, pero no se definió como liberal o socialista, ni tendió a reflejar algunos de los matices intermedios de estas dos opuestas posiciones. Fue, en su modo de actuar, un partido de síntesis, un partido de síntesis nacional donde las reivindicaciones y principios de la libertad, el progreso y la solidaridad social encontraron un cauce abierto.

Por ello recibió frecuentes críticas de los partidos dogmáticos y se le imputó no pocas veces vaguedad ideológica y falta de rigor teórico.

La ironía de la historia ha permitido que esa supuesta ambigüedad sea hoy una de sus mayores riquezas, pues si algo caracterizó al radicalismo en su casi un siglo de existencia es el sentido ético de la política y su adscripción a ultranza al sistema democrático.

Estos dos valores constituyen el punto de arranque ahora de quienes intentan en el mundo contemporáneo, desde la perspectiva de las grandes corrientes políticas históricas, superar las dicotomías que tuvieron sentido o funcionalidad en el pasado pero que ya no se corresponden con los profundos cambios sociales y económicos de la “Segunda Revolución Industrial”.

Valores que eran defendidos por liberales o socialistas, y las diversas posiciones intermedias, sin excluir al conservadorismo lúcido y al social-cristianismo, quedaron incorporados a la cultura, a la práctica política y a las instituciones políticas de la mayor parte de Occidente.

Las involuciones totalitarias fueron⁵ [superadas en esa área del mundo luego de la Segunda Guerra Mundial, en un proceso que arrancó de la derrota del nazi fascismo, y que culminó con el derrumbe de los regímenes autoritarios en España y Portugal, y el fracaso de la aventura de los coroneles griegos.

En América Latina, cuyas naciones surgieron a la vida independiente bajo la inspiración de las ideas democráticas y

⁵ Se interrumpe el archivo sonoro del discurso.

progresistas, la amenaza autoritaria continúa aún presente,]⁶ pero en los últimos años se está desarrollando un proceso generalizado de democratización. Nuestros pueblos son conscientes, cada vez más, de que ni el desarrollo económico ni la democracia pueden ser el privilegio de algunos pocos pueblos elegidos.

El radicalismo argentino debe provocar la síntesis, suscitar la modernidad, abrir el futuro. Los valores y las metodologías políticas rescatables, y todavía vigentes del pasado, tanto internacional como nacional, deben encontrar en nuestro partido una síntesis armoniosa y superadora, en consonancia con las nuevas exigencias y los nuevos problemas que plantea la humanidad del futuro.

El radicalismo argentino debe sumarse con su aporte a esa búsqueda colectiva de la humanidad para delinear los marcos éticos, políticos y organizativos de su futuro. Debe quedar bien en claro que el rechazo del dogmatismo y de las concepciones mecanicistas y deterministas decimonónicas no abre paso a la vaguedad, sino a la concreción, a la racionalidad y a la experimentación consciente de nuevas fórmulas de convivencia entre los hombres.

En virtud de su tradicional rechazo a las concepciones dogmáticas y sectarias, el radicalismo está en condiciones óptimas para convertirse en el instrumento político y social capaz de asumir y encarnar, con flexibilidad, las exigencias de la sociedad en transformación, de la sociedad que marcha hacia una nueva etapa productiva y organizativa.

Esta flexibilidad no se contrapone al rigor, sino que lo exige, pero es el rigor de los principios de la investigación, de la búsqueda racionalmente orientada, del estudio abierto y valiente.

Pero, además, debemos facilitar el surgimiento de las nuevas ideas, de los nuevos estilos y de las nuevas propuestas que la sociedad argentina necesita para orientar su marcha al futuro, a fin de que se incorporen a la empresa común todos aquellos

⁶ Continúa el archivo sonoro y su desgrabación.

argentinos que sientan y comprendan que ha comenzado un nuevo ciclo de nuestra historia y de la historia de la Humanidad. Nuestra propuesta de modernización implica la integración de todo el pueblo, la sociedad que construye su futuro.

Sin solidaridad no se construye ninguna sociedad estable y el primer deber que nos impone la ética de la solidaridad es incorporar al trabajo común a todos aquellos que, sin renegar de su historia, se sientan convocados por un proyecto como el que hemos definido.

Pensamos, en primer término, en quienes fueron condenados por políticas injustas a la miseria y a la marginalidad. Pensamos, también, en las jóvenes generaciones que han sufrido el enclaustramiento de una educación autoritaria y la falta de oportunidades y se integran hoy a la vida política con su impulso decidido y su energía vital dispuestos a construir un nuevo mundo.

Pensamos además en quienes fueron desplazados de la vida política efectiva por la marcha de la historia, herederos de los ideales y ambiciones que guiaron a buena parte de los hombres que en las últimas décadas del siglo pasado comenzaron la edificación de la Argentina moderna. En quienes enaltecieron hasta el límite, el valor de la libertad como el más preciado por encima de cualquier doctrinarismo económico.

En quienes son herederos de la acción ejemplar del socialismo humano, democrático y ético. En quienes buscaron conjugar su creencia religiosa con la construcción de un mundo inmediato, mejor para los hombres y que no han logrado incorporar ese noble ideal a la práctica política concreta de vastos sectores sociales.

En quienes comprendieron que no hay país posible sin desarrollo y entienden la exigencia ineludible de la ética política y del método democrático. En quienes se desprendieron del viejo tronco radical en busca de marchas más veloces.

En quienes procuran una vía efectiva para terminar con la injusta división del país entre un centro relativamente próspero y un interior relegado, acudiendo a mecanismos locales.

En quienes fueron protagonistas de una experiencia histórica donde la justicia social conmovió como proyecto a nuestra sociedad y vean en la democracia su necesario sostén.

A todos ellos convocamos hoy para que, en pluralidad de ideas y de propuestas, pero en comunidad de aspiraciones y, de ser posible, en una acción conjunta y en un ámbito común, construyamos el país del futuro.

Una convocatoria que, además, comprende a ese vasto conjunto de instituciones, comunidades y organizaciones a través de las cuales se expresa la riqueza espiritual y la voluntad de compromiso y participación de la sociedad, tanto aquellas cuya presencia se remonta a los orígenes de la Patria como a las que han ido surgiendo como respuesta a las exigencias de este tiempo o al compás del dinámico crecimiento social.

Ya ha terminado en el mundo la era de las convicciones absolutas del siglo pasado, la era de los mesianismos y de los historicismos fáciles. El futuro no está predeterminado ni es un papel vacío donde podemos diseñar en forma absoluta nuestra voluntad.

Venimos de un pasado y a partir de él podemos poner cauces racionales al porvenir sin renegar de nuestra herencia, pero sin esclavizarnos a ella. Ella nos pone límites, pero desde esos límites no hay un sólo camino.

Elijamos el de la libertad, la solidaridad y el de la tarea conjunta para afianzar la unión nacional. Ya pasó la Era en que se pudo llegar a creer que la felicidad del género humano estaba a la vuelta de un episodio absoluto, violento, definitivo, que al otro día inauguraría la vida nueva.

La revolución no es eso ni lo ha sido nunca. Revolución es una etiqueta que los historiadores ponen al cabo de siglos a un proceso prolongado y complejo de transformación.

Pero también se terminó la época de las pequeñas reformas, de la ilusión de que con correcciones mínimas se podía cambiar el rumbo de una sociedad que, como la nuestra, fue empujada paulatinamente al desastre.

No hablemos ya de reforma ni de revolución, discusión anacrónica. Situémonos, en cambio, en el camino acertado de la transformación racional y eficaz.

Nuestro país debe emerger de su prolongada crisis con vigor; y este vigor encontrará su alimento en la decisión de participar de todos los componentes de la sociedad, los responsables de interpretar y representar las necesidades y aspiraciones de los distintos sectores sociales, deben asumir -con firmeza y vocación de servicio- esta exigencia

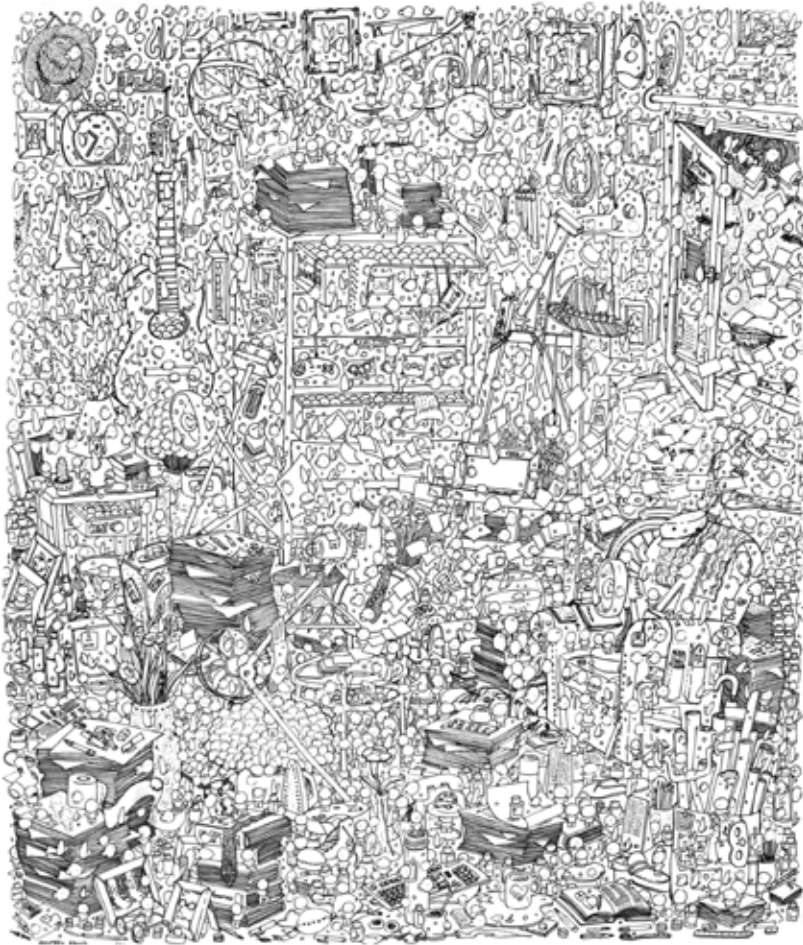
Debemos aprender a unirnos y a sumar el trabajo de cada uno con el del otro y crear así la transformación y lo nuevo. Es la unión de lo que cada uno de nosotros produce desde su lugar. El trabajo político irradia, y debe llegar con este nuevo espíritu de construcción, a todos los argentinos. Estemos dispuestos a marchar juntos. Debemos lograr la unión de lo que está desunido.

Debe tratarse de una disposición, de una voluntad, pero también de un compromiso para alcanzar la concreción de las ideas en la vida real de las personas.

En cuanto a nosotros, los radicales, debemos comprender que es necesario estar a la altura de esta misión, poner al servicio de las demandas y urgencias del país nuestra fuerza histórica, seguros de que al hacerlo comenzamos a solucionar esas demandas y esas urgencias y evitamos quedar cautivos de los bolsones de la Argentina vieja.

Despojados de toda arrogancia y de todo prejuicio, trabajemos, estudiemos y preparemos junto a nuestros compatriotas el país nuevo, el país del futuro.

[Aplausos y ovaciones prolongados]



| ENTREVISTAS |

La arruga en la comisura de los ojos
es de tanto llorar pérdidas y perdidos?
y la arruga en la comisura de los labios
es de reír simulando felicidad?
y esa dispersión es porque de tanto ir
ya no sabe volver?
y el oído asordado se debe a que su memoria auditiva
perdió el tono de las cosas?
y su respiración incierta
es de tanto inhalar colores mudos?
y esa casi total obstinación que lo neurotiza
obedece a aquella madre sin pechos?

Autor: Norberto Antonio

Arte de la portada: Leonardo Gauna

Obra: Suite

Entrevista al Dr. Alejandro Amor, Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 9 Primavera 2018, 591-599

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e244>

REDEA: Buen día Dr. Alejandro Amor, gracias por atendernos. Ya se encuentra próximo a finalizar el mandato de Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ¿Qué balance puede hacernos desde que tomó posesión de su cargo hasta hoy? A su juicio, ¿Cuáles serían las acciones a destacar y las asignaturas pendientes de la Defensoría en estos últimos años?



DR.A.AMOR: Lo que destaco de nuestra gestión está relacionado con la expansión de la Defensoría, tanto en nivel de visibilidad como de descentralización. Crecimos en cantidad de sedes y de acciones realizadas en pos de mejorar y promover los derechos de los vecinos y vecinas. En ese sentido, la descentralización fue uno de los ejes claves de este crecimiento, y esto se refleja en la cantidad de reclamos que hemos recibido en este último año. El ingreso de reclamos, la cantidad de vecinos y vecinas que se acercaron a nuestra Defensoría, se fue incrementando año tras año desde que comenzamos, y hoy tenemos alrededor de 80 mil consultas y 50 mil trámites iniciados por año. Pero además logramos fortalecer la imagen de la Defensoría y la cantidad de personas que hoy nos conoce ha crecido en un 50%.

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires siempre se destacó por ser una institución compuesta por profesionales y especialistas de gran trayectoria y mucho prestigio en todas las temáticas, el trabajo articulado y la búsqueda de soluciones con un abordaje multidisciplinario también es un logro institucional que me enorgullece. El crecimiento y perfeccionamiento del Consejo de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la casa resuelve el 80% de los casos que ingresan. En 2018 llevamos más de 2000 casos trabajados en este sistema integrado de resolución de conflictos. Pero además de los casos particulares, mediamos en casos como el reclamo de alumnos escuelas secundarias en el marco de la reforma educativa llamada “escuela del futuro”, en donde logramos varios puntos de acuerdo entre los alumnos que se encontraban con las escuelas tomadas y el Ministerio de Educación; la instalación de la carpa docente frente al Congreso Nacional en el marco de un reclamo de aumento salarial, entre otros casos.

También es un avance a destacar el uso que hicimos de la iniciativa legislativa que nos confiere la ley. En los últimos dos años presentamos 61 proyectos de ley ante la legislatura porteña, de los cuales surgieron normas importantes como la Ley Brisa, proyecto que presentamos junto a la ONG La Casa del Encuentro y se transformó en una ley que le otorga una reparación económica a las víctimas colaterales de femicidios, es decir a los niños o niñas que perdieron a su mamá a causa de un femicidio. Este tipo de iniciativas, trabajadas además con distintos actores que representan las necesidades más concretas de los grupos vulnerables, también forma parte de los logros institucional. (Todos los proyectos y las leyes aprobadas están en la web institucional)

Participamos en todas las audiencias públicas, por la causa ACUMAR, por aumentos en las tarifas de servicios públicos esenciales (luz, gas, agua), por aumento de transportes públicos, por las modificaciones de los códigos, como el nuevo Código Urbanístico de la Ciudad. Establecimos mesas de trabajo en temas centrales como la Integración Socio Urbana de la Villa 31.

Otra cosa a destacar es la participación y todo el trabajo que hicimos junto a los Defensores y las Defensoras de todo el país a través de ADPRA (Asociación de Defensorías del Pueblo de la República Argentina). Nuestro país tiene 53 Defensores y Defensoras del Pueblo provinciales y municipales, y ante la falta de Defensor del Pueblo de la Nación, temas tales como los aumentos en las tarifas de servicios públicos esenciales, la reparación histórica para jubilados y pensionados, las modificaciones en las pensiones por discapacidad, las inscripciones de electrodependientes, las manifestaciones y protestas sociales, entre otros, recaen en la intervención urgente de todas las Defensorías nucleadas en ADPRA. Los Defensores y Defensoras entendimos esta necesidad y es un hecho a destacar que se pueda trabajar en conjunto, sumando esfuerzos y complementando las necesidades de cada región, para encontrar propuestas para resolver las problemáticas de los argentinos en cada rincón del país. Todavía falta Defensoría del Pueblo en Mendoza, Santa Fe, San Luis y Entre Ríos, eso es una asignatura pendiente sin ninguna duda.

Otro avance fue la observación de la Defensoría en todas las manifestaciones y protestas sociales en cumplimiento de la misión que la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos no encomendó para la aplicación de las Directrices para la Observación de Manifestaciones y Protestas Sociales a las Defensorías del Pueblo de la región. En ese marco la Defensoría se ha transformado además en una mediadora entre las organizaciones que participan de las protestas y el Gobierno porteño, con un trabajo en conjunto para garantizar el desarrollo pacífico de las manifestaciones y evitar conflictos.

REDEA: Una de las preocupaciones de su gestión fue llevar adelante una política de descentralización, de allí la creación de distintas sedes en diferentes puntos de la ciudad. Podría comentarnos como fue esa experiencia. ¿Considera que el habitante de la ciudad de Buenos Aires sabe de la existencia de la Defensoría del Pueblo y que puede acudir a Ustedes en defensa de sus derechos?

DR. A. AMOR: Creemos que el acceso a la información es la base para que los vecinos tomen conocimiento de cuales son sus derechos y puedan reclamar ante alguna vulnerabilidad. Por eso hemos puesto mucho empeño en esta misión de promoción y difusión de derechos, que además nos da la Constitución y la Ley 3 de la Ciudad en su artículo número 2.

Hemos trabajado muy fuertemente estos años en expandir y hacer llegar la existencia de la Defensoría a la mayor cantidad posible de personas, y la descentralización ha sido sin dudas uno de los principales ejes de nuestra gestión para poder tener presencia en cada una de las quince comunas. Actualmente tenemos 34 sedes, además de estar presentes en todas las villas de la Ciudad.

Nos preocupa lo que pasa en toda la Ciudad de Buenos Aires, tanto lo que le pasa a quienes viven acá, como con los que vienen a trabajar o a pasear. Creemos que los problemas no tienen el tamaño que le podemos dar nosotros, sino que tienen el tamaño de la persona que los padece. Por eso no hay problemas chicos o grandes. El problema tiene la dimensión que le da quién lo tiene. Nuestro rol es tomar a todos los problemas de la misma manera, y estar en los lugares donde los vecinos y las vecinas de la Ciudad de Buenos Aires nos necesitan para resolverlos.

A partir de esto forjamos una relación de ida y vuelta con los vecinos y vecinas con escucha y observación directa de las problemáticas de cada barrio, de cada comuna. Creo que todos los funcionarios tenemos que acostumbrarnos a salir de los escritorios, caminar, tomar contacto con la gente y escuchar las críticas y los enojos por parte de los vecinos. Tenemos que estar en la calle, para hacernos cargo de los problemas de la gente.

Otra política de descentralización fue la apertura de redes sociales como vía válida de denuncia. A través de un centro de contactos con personal capacitado para dar respuesta por esos canales, recibimos a través de facebook, twitter e instagram cientos de consultas diarias que dan inicio a trámites

abreviados, que son aquellos que se resuelven con una gestión inmediata y otros que llevan más tiempo para su resolución.

Además fortalecimos la tarea de promoción y difusión de derechos. Hoy tenemos 32 guías de derechos en las que damos acceso a información básica de temas como: Derechos de inquilinos, Consorcios, consumidores, telefonía celular, derechos sexuales y reproductivos, entre otras. Estas guías se reparten todos los días en distintas esquinas de la Ciudad de Buenos Aires, donde además se toman reclamos de los vecinos y se responden consultas.

También pusimos al aire diferentes programas de radio: “Tenés quien te defienda”, que se hace junto con el equipo de la Coordinación Operativa de villas y se emite en radio zonales ubicadas en (Bajo Flores, Barrio Fátima, La Boca, Villa 15, Villa Soldati, Cildañez y el Playón de Chacarita); y el programa “La Defensoría con vos”, que se emite todos los sábados por Radio La Red. Ambos programas también funcionan a modo de puente con los vecinos ya que a través de los oyentes que se comunican recibimos alrededor de 200 denuncias semanales.

REDEA: Tenemos entendido que Ud. ha participado en su carácter de Defensor del Pueblo en distintas audiencias públicas referidas tarifas de servicios públicos. ¿Nos podría comentar esas experiencias y su opinión acerca de estos mecanismos de participación ciudadana?

DR. A. AMOR: Desde la primera audiencia celebrada con motivo de aumento de las tarifas en el año 2016, nos llegó institucionalmente la invitación a todos los Defensores del Pueblo de la República Argentina. Nosotros, como Defensores del Pueblo tenemos un rol: justamente una de nuestras responsabilidades es la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores. Pero en el aumento de tarifas había algo más, porque se trata de servicios públicos esenciales que, en el caso del agua por ej, además es un derecho humano fundamental. Allí veíamos que se vulnerarían derechos básicos de las personas, en materia de tarifa social, electrodependientes, suspensión de servicios.

Las audiencias públicas sirven para que las personas nos expresemos. Y para poder explicar, frente a la renovación de un cuadro tarifario cuál es la posición de cada actor. Los cuadros tarifarios no se resuelven nada más a partir de planillas, donde se definen números para que cierren las cuentas finales. También hay que considerar, con mucha atención, las realidades particulares y regionales, las realidades y particularidades de las familias, de los usuarios que no son clientes sino personas.

Hemos participado de todas las audiencias y en todas hemos intentado hacer llegar lo mismo que escuchamos de parte de la gente: que cada vez destinan más porcentaje de sus ingresos al pago de tarifas, en muchos casos que ya no pueden pagar todos los servicios y deben elegir entre luz, gas o agua, que es difícil acceder a la tarifa social, negocios y PYMES que tienen que cerrar o despedir empleados por el incremento en los costos, entre otras cosas. Llevamos cada una de estas problemáticas, cientos de casos concretos, casos testigos y otros de urgente resolución como los de electrodependientes, a las audiencias. Pero también armamos una mesa de trabajo con las empresas y el Ministerio de Energía, con el Ministro Aranguren teníamos reuniones permanentemente en las que los Defensores les llevábamos las preocupaciones, propuestas y reclamos. De esa mesa salen muchas soluciones.

Creo que la realización de las audiencias públicas se constituye como un requisito indispensable que otorga validez a los actos que se atacan. En concreto su falta de realización afecta directamente los intereses de los usuarios del servicio público. A pesar de que no sean vinculantes deben ser tomadas en cuenta en la resolución final y es obligación de los funcionarios que notamos fallas participar de ellas.

REDEA: ¿Como ha sido la recepción jurisprudencial respecto de su competencia en la defensa de derechos colectivos?

DR. A. AMOR: La Constitución Nacional, reformada en 1994 y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, 1996, contienen textos sobresalientes en materia de derechos colectivos.

En los últimos 35 años las sociedades han cambiado muchísimo. El Derecho constitucional debe contener normas que sean suficientemente solventes y elásticas para dar cobertura a nuevas situaciones, que, en general, son producto de los cambios incesantes en la ciencia y la tecnología.

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires es un órgano constitucional. Su tarea se remonta a 1998. La defensa de los derechos y también de los bienes colectivos, ha constituido, constituye y constituirá una instancia básica de la actividad institucional.

Los derechos colectivos son el género, pero en su seno descansan diferentes especies que abrazan a diferentes individuos como asimismo diferentes intereses protegidos. Los primeros derechos colectivos han nacido en la fragua del Derecho del Trabajo, en la primera mitad del siglo XX. Luego, la dinámica comunitaria ha exigido la creación de nuevos modelos, porque, los derechos colectivos son una invención. Precisamente esa invención provoca que la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires atienda, respalde, gestione y tutele los derechos colectivos durante las 24 horas de los 365 años del año.

“Tenés quien te defienda” es una consigna de la tutela constante e irrenunciable de los derechos colectivos, en cualquier ámbito en cuyo ámbito se discutan. Me refiero a la defensa en lo social, lo ambiental, las relaciones de consumo, servicios públicos, educación y salud, solamente por mencionar algunos aspectos.

Nuestra tarea, por tanto, se deduce de la competencia asignada por el artículo 137 constitucional y de allí en adelante se cumple de muy diferentes maneras: atenciones, patrocinios, recomendaciones, acciones judiciales, proyectos de ley.

Puedo asegurar que, para el estudio de los derechos colectivos en la Ciudad de Buenos Aires, la Defensoría posee un repertorio amplísimo fundado en su actividad institucional, tal como he detallado.

REDEA: En su opinión, ¿cómo evalúa la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ese tema en la causa “CEPIS”

en relación al Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires?

DR. A. AMOR: Siempre propongo el reconocimiento más amplio de la legitimación de las Defensorías para la defensa de los derechos individuales, sociales y colectivos que se encuentran en el abanico de su competencia. Toda restricción a la legitimación conlleva una restricción a un derecho, porque impedirá la discusión sobre su contenido y los alcances de su protección constitucional.

REDEA: La Defensoría del Pueblo a nivel nacional se encuentra vacante desde el año 2009. ¿Qué opinión le merece esta situación de acefalía?

DR. A. AMOR: La Constitución es un texto que alberga la decisión de los ciudadanos de un pueblo, representados por los convencionales constituyentes. Todos los países del mundo tienen una Constitución, aunque el grado de cumplimiento o realización de los enunciados normativos nunca será completo. Sin embargo, todas las prescripciones de la Constitución deben ser obedecidas y cumplidas.

Particularmente, cuando se crean órganos, como el Defensor del Pueblo, es porque se determina que exista un servidor público que cumpla la misión institucional.

No hay razones que justifiquen la vacancia. Lo he dicho en repetidas ocasiones. También lo hemos sostenido desde ADPRA (Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina). En 2015, previo al ballottage presidencial, realizamos desde ADPRA, una carta compromiso exhortando a ambos candidatos -Macri y Scioli- para que cubrieran -una vez asumido su mandato- las Defensorías que se encontraban vacantes, fundamentalmente la Defensoría de la Nación y la Defensoría del Niño, Niña y Adolescente.

Hay muchas situaciones a nivel nacional que requieren que esté designado el Defensor del Pueblo de la Nación, las audiencias

públicas de las que hablábamos anteriormente son un ejemplo. En este último tiempo, con ADPRA hemos intentado llenar el vacío que implica que esta Defensoría se encuentre acéfala.

Hay cosas que se definen desde el Estado Nacional. En los casos en los que tiene competencia la Nación, a las Defensorías locales nos niegan en la Justicia la posibilidad de presentarnos, por no tener representatividad. En esos casos, solo puede intervenir la Defensoría del Pueblo Nacional, por eso es tan necesaria.

Hay que trabajar y resolver la situación de acefalía que pronto cumplirá una década.

Me parece que fuera quien fuere que sea designado Defensor del Pueblo de la Nación es importante que se asuma la responsabilidad de proponer una nueva ley para la designación este cargo, ya que la ley vigente es previa a la Constitución de 1994 y ya queda desactualizada. Creo que, por ejemplo, es necesario incorporarle la iniciativa legislativa que es una herramienta fundamental de la cual también carece el defensor del pueblo de la nación, y que establezca un procedimiento claro y transparente a toda la ciudadanía argentina.

Escriben en este número:

FERREYRA, Raúl Gustavo
MORENO, Guillermo Raúl
BEZZI, Osvaldo Máximo
FOURNIER DUHARTE, C. Niurka
PÉREZ VELASCO, Andrés
VILLEGAS, María Cecilia R.
GUSIS, Gabriela L.
MAGALHÃES, Juliana Paula
ROJAS, Eduardo Carlos
GARCÍA, Noelia
BALDI, Eduardo
ZUDAIRE, Lucas
ECHEVESTI, Rosario
VALLEFIN, Lucio A.
AMOS, Fernando
DÍAZ, Juan Francisco
VÉRTIZ MEDINA, James
DE GRACIA, Isabel
MAITINI, José M.

POLTORAK, Matías
MENESTRINA, Martín
BORREGO, Carolina
BELAUNZARAN, Lucía
PAGANO, Sebastián
FLAHERTY, Martina
ZAPICO, Lucía
DÍAZ, Ailén
AMOR, Alejandro



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOENACCION.COM.AR