

VERANO 2018-2019

# DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA  
DERECHOS  
EN ACCIÓN





# **STAFF EDITORIAL**

## **EDITOR EJECUTIVO**

Prof. Pablo Octavio Cabral • UNLP

## **EDITOR GENERAL**

Prof. Guillermo Raúl Moreno • UNLP

## **EDITORES ASOCIADOS**

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

## **RESPONSABLES DE SECCIONES PERMANENTES**

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

## **CORRECTOR GENERAL**

Abog. José Maitini • UNLP

## **DISEÑO Y MAQUETACIÓN**

Lic. Javier F. Luna • Estudio melHibe

## **DIRECCIÓN DE ARTE**

Prof. Nazarena Mazzarini • UNLP

## **DIRECCIÓN LITERARIA**

María Cecilia Rita Villegas • UNLP

## **EQUIPO DE IDIOMAS**

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

## **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 Federal de Río de Janeiro  
Universidad Nacional de Ceará

## ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

### MAURICIO ANDRÉS VALENTI

Nació el 11 de febrero de 1973. Licenciado en Artes Plásticas (UNLP). Residencias, becas y participaciones: participación en “Artistas Itinerantes”, Barcelona, 2016; muestra en Loom House Madrid, 2016; residencia en el “Museo Vanguardista La Neomudéjar”, Madrid, 2017; muestra en el “Convent de Saint Agusti”, Barcelona, 2018; residencia Artística en “Zapadores Ciudad del Arte” Fuencarral, Madrid, 2019. Recibió los siguientes premios: Mención Salón de Pintura Florencio Molina Campos, 2012; 1º Premio Pintura. Asociación Artistas Plásticos de La Plata, 1997; 2º Premio en pintura en la asociación de Artistas Plásticos de la Provincia de Buenos Aires, 2017; muestra “Inmigrantes Migrados” en el Museo de Provincial de Bellas Artes, 2018; 2º Premio en el Salón de Pintura del Colegio de Agrimensura, La Plata, 2018. Las ocho obras presentes en este número pertenecen a la serie *Inmigrantes migrados 2019*, realizada en tela, madera, chapa y otros materiales reciclados.

## POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

### CÉSAR CANTONI

Nació en La Plata el 23 de febrero de 1951. Su obra poética publicada incluye los siguientes libros: *Confluencias*, 1978; *Los días habitados*, 1982; *Linaje humano*, 1984; *La experiencia concreta*, 1990; *Continuidad de la noche*, 1993; *Cuaderno de fin de siglo*, 1996; *Triunfo de lo real*, 2001; *La salud de los condenados*, 2004; *Diario de paso*, 2008; *El fin ya tuvo lugar*, 2012. Publicó, además, la plaqueta *Irlanda*, 1998, y los cuadernillos *Intemperie y otros poemas*, 2006, y *Latencia: poesía y dictadura*, 2013. Figura en más de veinte antologías poéticas. Algunos de sus poemas fueron traducidos al inglés, francés, italiano, portugués, catalán, griego y ruso. Colabora en diarios, revistas y páginas virtuales de diversos países. Reside en su ciudad natal. Administra el blog de poesía platense “Los poetas no van al cielo”. ([www.lospoetasnovanalcielo.blogspot.com.ar](http://www.lospoetasnovanalcielo.blogspot.com.ar)).

## 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

<b>EDITORIAL</b> .....	15
<b>ENSAYOS</b> .....	21
Gobierno de los jueces. La Corte Constitucional de Colombia y la “segunda reelección presidencial” ..	23
<i>Raúl Gustavo Ferreyra (245) - UBA</i>	
Procedimiento disciplinario en materia de empleo público en la provincia de Buenos Aires .....	78
<i>Pablo Octavio Cabral (246) - UNLP</i>	
La buena administración como principio jurídico: una aproximación conceptual .....	110
<i>Andry Matilla Correa (247) - CUBA</i>	
Las personas con discapacidad: ¿Los desempleados forzosos del capitalismo global? .....	161
<i>Maximiliano Morales Martelli (248) - UNLP</i>	
El acto de Gobierno en la impronta constitucional cubana .....	178
<i>Grethel Arias Gayoso (249) - CUBA</i>	
La autonomía de la voluntad como principio previo a la autoconfiguración de las cláusulas del contrato ..	204
<i>Idarmis Knight Soto</i> <i>y Marla Iris Delgado Knight (250) - CUBA</i>	
La deliberación pública en el proceso colectivo de recomposición ambiental .....	217
<i>Ezequiel R. Galván (251) - UNLP</i>	

Reflexiones en torno a la “prostitución” como trabajo sexual y su relación con el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y la violencia de género . . . . .	234
<i>Lorena Ríos (252) - UNLP</i>	
Derecho constitucional como arquitectura: Fronteras entre el jurista Raúl Gustavo Ferreyra y el arquitecto Paulo Mendes Da Rocha . . . . .	249
<i>Raimundo Eloy Miranda Argôlo (253)</i>	
El reconocimiento constitucional de la objeción de conciencia . . . . .	280
<i>Mariano Manuel Bar (254) - Santa Fe</i>	
<b>COMENTARIO A LEGISLACIÓN . . . . .</b>	<b>307</b>
“La niñez encarcelada”. Lineamientos en cuanto a una posible reforma al Régimen Penal Juvenil. La baja de edad de inimputabilidad detrás de una supuesta reforma progresista . . . . .	309
<i>Stefanía Giovanna Alba Nájera (255) - UNLP</i>	
Procedimiento administrativo y acceso a la justicia de los accidentes y enfermedades del trabajo. A propósito de la sanción de la Ley 27.348 Complementaria de Riesgos del Trabajo . . . . .	326
<i>Gastón Valente (256) - UNLP</i>	
Novedades legislativas . . . . .	363
<i>Eduardo Baldi (257) - UNLP</i>	
<b>COMENTARIO A JURISPRUDENCIA . . . . .</b>	<b>379</b>
El fallo “SIPOBA c. Ministerio de Trabajo”: Seis errores teórico-conceptuales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su impacto en la libertad sindical . . .	381
<i>Jorge Afarian (258)</i>	

Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Tribunales bonaerenses. . .	395
<i>Fernando Amosa (259)</i>	
Novedades de la Corte Suprema de Justicia Nacional. . .	413
<i>Juan Francisco Díaz (260) - UNLP</i>	
Novedades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	416
<i>James Vértiz Medina (261) - UNLP</i>	
<b>OPINIÓN . . . . .</b>	427
Hacia una nueva arquitectura jurídica . . . . .	429
<i>Carlos Raimundi (262) - UNLP</i>	
¡Bailá, imbécil, bailá! Notas sobre el movimiento político en curso en Francia . . . . .	441
<i>Maria Kakogianni (263)</i>	
<b>TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO . . . . .</b>	449
¿Otra vez el Fascismo Eterno? . . . . .	451
<i>Juan Ignacio Ortega (264) - UNLP</i>	
Hacia una suerte estructural: Una reflexión a partir del concepto de “privación de libertad colectiva” en la obra de Gerald A. Cohen . . . . .	459
<i>Andrea Schuster (265)</i>	
<b>DISCURSOS QUE HICIERON HISTORIA . . . . .</b>	477
Discurso de Juan Domingo Perón . . . . .	479
<i>Ailén Díaz (266) - UNLP</i>	
<b>ENTREVISTAS . . . . .</b>	495
Entrevista al Fiscal Gabriel De Vedia (267) . . . . .	497



| EDITORIAL |

## **Me levanto temprano**

Me levanto temprano y leo el diario;  
alguna vez, también leí a Homero, a Virgilio.  
No trabajo, no hago gimnasia, tampoco tengo metafísica.  
¿Para qué sirve esa cosa a la hora de cruzar la calle?  
Todo Heidegger es nada frente a la arremetida del 307.

Poco me inquieta el yo poético (hace mucho  
que las disquisiciones literarias dejaron de enredarme);  
me preocupa, en cambio, mi propio yo,  
que acaba de contraer angina,  
y el yo de los que pernoctan bajo los puentes.

Soy escéptico a fuerza de entrenamiento: ¿A quién  
debo dar fe?, me pregunto. ¿A la historia, suprema ficción,  
o a los historiadores, supremos mentirosos?  
Descreo de los Libros Sagrados y sus predicciones;  
para mí el fin del mundo tuvo lugar en el pasado.

Hablo poco, evito los amontonamientos.  
No fumo, no me drogo, no ultrajo mi cuerpo con agujas.  
Vengo de ningún sitio y voy hacia ninguna parte.  
Todo lo que deseo en la vida  
es una lata de cerveza cuando tengo sed.

(De *El fin ya tuvo lugar*, 2012)

Autor: *César Cantoni*

**Arte de la portada: Mauricio Andrés Valenti**  
**Serie *Inmigrantes migrados* 2019**

---

## Editorial

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e244>

---

Inicia el 2019 con la edición verano, dándole la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al décimo 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 24 de marzo, recordamos los 43 años transcurridos desde el último golpe cívico militar, con el constante reclamo popular de memoria, verdad y justicia; para no repetir los errores del pasado y no olvidar a los 30.000 desaparecidos. Hoy como siempre sigue vigente la consigna Nunca más!

En la actualidad política y judicial no podemos dejar de destacar la aparición de indicios, cuanto menos, sobre la utilización de espionaje clandestino ligado a magistrados del Ministerio Público y el Poder Judicial pone de manifiesto la contaminación institucional derivada de las relaciones promiscuas entre servicios de inteligencia y la Justicia en nuestro país.

Esto debe alarmar a la sociedad en su conjunto y ser vigorosos en la exigencia que los hombres y mujeres que ejerzan funciones judiciales sean probos, por un lado, como también en el cumplimiento estricto de las previsiones de la Ley Nacional de Inteligencia Nacional sin admisión, de ningún tipo, de la realización de dichas tareas para fines ajenos a los que prevé la referida norma.

La investigación sobre presuntos delitos debe darse siempre en el marco de las garantías constitucionales que imperan en un Estado de Derecho y jamás de otro modo. Y para ello es imprescindible que el Poder Ejecutivo no intervenga en las actividades procesales de los magistrados a cargo de las respectivas causas.

Bregamos por la independencia de los integrantes del poder judicial que buscan la verdad en forma imparcial y responsable.

En nuestro ámbito universitario, el 8 de marzo -en el marco del día de las luchas de las mujeres- se lanzó en la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, la “Red de Profesoras”. Dicha iniciativa toma como ejemplo la Red lanzada por las profesoras de derecho de la UBA que se lanzó el año pasado juntamente con la campaña “no sin ellas”. En La Plata la idea surge luego de múltiples charlas entre las docentes, investigadoras y extensionistas de la facultad donde coincidieron en la necesidad de trabajar por una enseñanza igualitaria. ¿Ello que significa? Poder de-construir que el derecho que se aprende (y en muchos casos se enseña) es patriarcal, heteronormativo, cis género y endosexual. Motivo por el que las docentes se organizaron para reflexionar y actuar en pro de una enseñanza y aprendizaje del Derecho más igualitario y un ámbito académico menos discriminatorio. El espacio se encuentra abierto a mujeres y otras feminidades (incluyendo a personas trans y no binarias) que se desempeñen como profesoras adjuntas, jefas de trabajos prácticos, auxiliares docentes, adscriptas graduadas y estudiantes, investigadoras y/o extensionistas.

La propuesta es reunirse en la FCJyS y comenzar a construir un espacio horizontal de debate y acción, superador de las afiliaciones partidarias y políticas dentro de la Facultad.

En el mismo ámbito académico queremos compartir la decisión del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que en fecha 25 de marzo de 2019 aprobó la creación del **Centro de Investigación en Derecho Crítico**<sup>1</sup> como unidad de investigación científica, según lo establecido por la Ordenanza UNLP N 284/11.

Con relación a nuestra publicación, nos es muy grato anunciar a los lectores y autores de ReDeA que en estos últimos meses nuestra publicación fue indexada en el Directorio de

---

<sup>1</sup> Se puede consultar el proyecto en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/71349>.

Revistas Académicas de Acceso Abierto **DOAJ**, en el catálogo de **Latindex**, en el repositorio **MIAR** de la Universidad de Barcelona, en la red iberoamericana de innovación y conocimiento científico **-REDIB-** y en **DIALNET**.

Nuestro objetivo es aumentar la visibilidad de nuestra publicación y mejorar los estándares de calidad académica y científica de su contenido, y para ello estamos gestionando con el portal de revistas académicas de la Universidad Nacional de La Plata nuestra incorporación al proyecto de marcación **AmeilCA** (Conocimiento abierto para América latina y el sur global).

Se trata de una iniciativa puesta en marcha por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), la Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (Redalyc), la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), la Universidad de Antioquia (UdeA), la Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y la Universidad de Panamá (UP). Se intenta alcanzar una nueva configuración de estrategias, en respuesta al contexto internacional, regional, nacional e institucional, que busca una solución de Acceso Abierto colaborativa, sostenible, protegida y no comercial para América Latina y el Sur Global.

Con tal finalidad hemos readaptado la estructura de nuestro equipo editorial a los criterios ordinarios exigidos para futuras indexaciones.

Finalmente queremos comunicar a la comunidad académica la incorporación al Consejo Editorial a los siguientes destacados docentes; Prof. Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono, de la Universidad Nacional del Comahue; Prof. Juliana Paula Magalhaes de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo; Prof. Ricardo Marcondes Martins Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo (PUC/SP) y Prof. Elisabet Almeda Samaranch de la Universidad de Barcelona. A todos ellos, muchas gracias y bienvenidos a esta comunidad académica..

**STAFF EDITORIAL**





| ENSAYOS |

## ¿Dónde está la verdad?

¿Dónde está la verdad?, le pregunté a mi madre.

Y mi madre me dijo que no sabía.

¿Dónde está la verdad?, le pregunté al filósofo.

Y el filósofo adujo que sólo cobijaba dudas.

¿Dónde está la verdad?, le pregunté al científico.

Y el científico apenas esbozó una hipótesis.

¿Dónde está la verdad?, le pregunté al artista.

Y el artista puso el acento en la belleza.

¿Dónde está la verdad?, le pregunté al político.

Y el político tuvo palabras engañosas.

¿Dónde está la verdad?, le pregunté al gendarme.

Y el gendarme empezó a disparar su arma.

¿Dónde está la verdad?, le pregunté al obispo.

Y el obispo me amenazó con el infierno.

¿Dónde está la verdad?, le pregunté a los dioses.

Y los dioses permanecieron mudos.

(De *El fin ya tuvo lugar*, 2012)

Autor: *César Cantoni*

Arte de la portada: **Mauricio Andrés Valenti**

Serie **Inmigrantes migrados 2019**

---

## Gobierno de los jueces. La Corte Constitucional de Colombia y la “segunda reelección presidencial”<sup>1</sup>

Government of judges. The Constitutional Court of Colombia and the “second presidential reelection”

Governo dos juízes. O Tribunal Constitucional da Colômbia e a “segunda reeleição presidencial”

Gouvernement des juges. La Cour constitutionnelle de Colombie et la “deuxième réélection présidentielle”

*Raúl Gustavo Ferreyra*<sup>2</sup> | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 23-77

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e245>

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

Recibido: 17/02/2019

Aprobado: 01/03/2019

---

**Resumen:** En el presente trabajo se analiza el “constitucionalismo ciudadano” que inteligentemente comporta una inequívoca elección por el gobierno del Derecho que emana de la Ley fundamental del Estado. Se desarrolla en el sistema jurídico colombiano la relación entre la ciudadanía y el poder judicial en un caso de interpretación de la Constitución Política de Colombia, y se profundiza en la sentencia de su Corte Constitucional que dictó una decisión judicial obturando la segunda reelección presidencial de Álvaro Uribe Vélez, al resolver declarar inexecutable en

---

<sup>1</sup> Comunicación presentada al XIV *Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. 21, 22 y 23 de mayo de 2019. Tema central: “Poder judicial y jurisdicción constitucional”. Mesa. Justicia y proceso políticos. Interacción entre la jurisdicción constitucional y legal. Contribución dedicada al doctor Roberto Coronel

<sup>2</sup> Abogado. Profesor titular de Derecho constitucional, Facultad de Derecho (FD) de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Posdoctor en Derecho constitucional, (FD-UBA). Correo electrónico: [rgferreyra@derecho.uba.ar](mailto:rgferreyra@derecho.uba.ar)

su totalidad la Ley 1354 de 2009, por siete votos contra dos. Se califica a esta decisión judicial como una de las resoluciones que, en el inventario general, puede ser computada como de las más relevantes que se han pronunciado en la historia de la jurisdicción de la América del Sud. El constitucionalismo ciudadano, un cultivo abnegado de la Ley fundamental, alumbró la factibilidad de una participación determinante e inclusiva de cada ser humano en la búsqueda y afirmación de una ciudadanía plena. La sentencia en análisis significa un verdadero contrapeso, una especie de “gobierno de los jueces” demoleedor e injustificado. Ella misma, con afán de constitucionalidad, negó y prohibió el instrumento racional y pacífico de reforma, el sufragio de los ciudadanos que integran el pueblo, único presupuesto ontológico del Derecho constitucional. Contra la emergencia que produjo “la sentencia” se ensaya esta tesis, cuyas proposiciones capitales se construyen y justifican, en todo el recorrido de este estudio, con las propias piezas de la Ley fundamental colombiana de 1991.

**Palabras claves:** gobierno. Jueces. Constitucionalismo ciudadano. Constitución Política de Colombia. Reelección presidencial

**Abstract:** In the present work we analyze the “citizen constitutionalism” that intelligently involves an unequivocal election by the government of Law that emanates from the fundamental Law of the State. The relationship between citizens and the judiciary is developed in the Colombian legal system in a case of interpretation of the Political Constitution of Colombia, and deepens in the sentence of its Constitutional Court that issued a judicial decision sealing the second presidential reelection of Alvaro Uribe Vélez, in deciding to declare unconstitutional in its entirety Law 1354 of 2009, by seven votes against two. This judicial decision is qualified as one of the resolutions that, in the general inventory, can be considered as one of the most relevant that has been pronounced in the history of the jurisdiction of South America. Citizen constitutionalism, a selfless cultivation of the fundamental Law, illuminates the feasibility of a decisive and inclusive participation of each human being in the search and affirmation of a full citizenship. The judgment in analysis means a real counterweight, a kind of “government of the judges” devastating and unjustified. She herself, with a desire for constitutionality, denied and banned the rational and peaceful instrument of reform, the suffrage of the citizens that make up the people, the only ontological budget for

constitutional law. Against the emergency that produced “the sentence” is tested this thesis, whose capital propositions are built and justified, throughout the course of this study, with the own pieces of the Colombian fundamental law of 1991.

**Keywords:** government. Judges. Citizen constitutionalism. Political Constitution of Colombia. Presidential reelection

**Resumo:** No presente trabalho é analisado o “constitucionalismo cidadão” que inteligentemente implica uma eleição inequívoca pelo governo de Direito que emana da Lei Fundamental do Estado. Se desenvolve no sistema legal colombiano a relação entre a cidadania e o poder judicial em um caso de interpretação da Constituição Política da Colômbia, e aprofunda na sentença do Tribunal Constitucional que emitiu uma decisão judicial obturando a reeleição presidencial de Alvaro Uribe Vélez, ao decidir declarar inexecutable em sua totalidade a Lei 1354 de 2009, por sete votos contra dois. É qualificada esta decisão judicial como uma das resoluções que, no inventário geral, pode ser computada como das mais importantes que pronunciaram na história da jurisdição da América do Sul. O constitucionalismo cidadão, uma cultura dedicada a Lei Fundamental, ilumina a viabilidade de uma participação decisiva e inclusiva de cada ser humano na pesquisa e afirmação de uma cidadania plena. A sentença em análise significa um contrapeso real, uma espécie de “governo dos juizes” devastador e injustificado. Ela mesma, com ânsia de constitucionalidade, negou e proibiu o instrumento racional e pacífico de reforma, o sufrágio dos cidadãos que compõem o povo, o único pressuposto ontológico do direito constitucional. Contra a emergência que produziu “a sentença” se ensaia esta tese, cujas proposições fundamentais são construídas e justificadas, em tudo o curso deste estudo, com as próprias peças da lei fundamental colombiana de 1991.

**Palavras-chave:** governo. Juizes. Constitucionalismo cidadão. Constituição Política da Colômbia. Reeleição Presidencial

**Résumé:** Dans ce travail, nous analysons le “constitutionnalisme citoyen” que de manière intelligente implique une décision claire à faveur du gouvernement du Droit, résultant de la Loi Fondamentale de l’État. Dans le système légal colombien, la relation entre la citoyenneté et le pouvoir judiciaire se développe dans un cas d’interprétation de la Constitution politique du Colombia, qui s’approfondit dans le jugement

de son Constitutional court qui a dicté une décision judiciaire scellant la deuxième réélection présidentielle d'Álvaro Uribe Velez, en déclarant non appliquant la loi 1354 de 2009, par sept voix contre deux. Cet jugement a été qualifié comme une des résolutions les plus pertinentes qui ont été prononcés dans l'histoire de la juridiction d'America du Sud. Le constitutionnalisme citoyen, une culture désintéressée de la loi fondamentale, allume la possibilité d'une participation décisive et inclusive de chaque être humain à la recherche et à l'affirmation d'une citoyenneté pleine. Le jugement en analyse signifie un véritable contrepoids, une sorte de "gouvernement des juges" dévastateur et injustifié. Elle-même, désireuse de constitutionnalité, a nié et interdit l'instrument de réforme rationnelle et pacifique, le suffrage des citoyens qui font le peuple, la seule condition ontologique du droit constitutionnel. Contre l'urgence qui le jugement a produit, on nous répète cette thèse, dont les propositions capitales sont construites et justifiées, tout au long de cette étude, avec les propres pièces de la loi fondamentale colombienne de 1991.

**Mot-clés:** Gouvernement. Juges. Constitutionnalisme citoyen. Constitution politique de la Colombie. Réélection présidentielle.

---

## I. Obertura

El constitucionalismo se nutre de la idea de que la Ley fundamental determina la raíz del Estado y justifica o legitima, hasta cierto punto, el ejercicio de sus poderes siempre atribuidos por competencia específica.

La mancomunidad social, ya sea que haya sido inventada por el ser humano o sea la forma inmediata para acoger su existencia, requiere de procesos de ordenación y control, y puede alcanzar cierto grado de compromiso, siempre imperfecto. Una de las herramientas más fértiles para mancomunar la ciudadanía es el constitucionalismo. Un proceso creado por el hombre que ha de consistir en un cultivo, perenne y preciso, de una Ley fundamental que establezca –como utopía o sin ella– la posible ordenación de la coexistencia en paz. Con otras palabras, dado que la existencia en comunidad se desarrolla por intermedio de

“consensos” y “conflictos” entre sus ciudadanos, que jamás son definitivos –acaso treguas momentáneas seguidas de compromisos a plazo fijo–, la Constitución fungiría como una forma que puede convertirse en paradigma de idoneidad. Por eso, la Constitución, una singular norma procesal, puede ser comprendida como el tratado de paz más duradero<sup>3</sup> para enmarcar la dialéctica infinita de la existencia humana.

El Derecho es pura creación política y la Constitución, su expresión máxima, hasta nuevo aviso.

Una vez producido el Derecho constituyente del Estado, se tratará, precisamente, de mantenerlo y desarrollarlo. Legisladores, jueces, legisladores, presidentes, en fin, todos los servidores públicos realizan actos políticos; desde luego, en diferentes órbitas y con definidas y ajustadas competencias. Controlar la constitucionalidad es una tarea obligada para todos los servidores públicos, incluso la ciudadanía, aunque en general la última palabra, con asombrosas cualidades de monólogo, se reserve a la jurisdicción.

Garantizar la constitucionalidad significa instituir “mecanismos” para que la Ley suprema se mantenga como fundamento supremo del orden estatal, al respaldar la estructura jerárquica de éste y consagrar la subordinación del Estado al Derecho de la Constitución. No puede dejar de comprenderse esta necesaria e indiscutida distinción: una tarea es determinar el significado de una regla constitucional, al eliminar o no aplicar la regla inferior en conflicto con ella, y otra es generar la regla Constitucional misma, es decir, producirla. Tal afirmación significa que, por un lado, hay órganos de creación y, por otro, órganos de realización. Por ello, aunque el mantenimiento de las reglas de juego del sistema constitucional es una función de capital importancia para su perduración, por la vía de la interpretación, ello no conlleva la idea de eternidad. En rigor de verdad, cuando se deja de atribuir significados, las posibilidades que quedan no son

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto: *El futuro de la democracia*, Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994, p. 171.

muchas, en especial, cuando se considera, equivocadamente, que “crear” Derecho forma parte de la tarea jurisdiccional. En tales casos, el juez anula o devalúa su función y, en descrédito de la división de poderes, vulnera dicha regla, porque finalmente intenta o pretende constituir el Derecho. Tarea reservada, por cierto, al poder constituyente, originario o derivado, nunca a los jueces.

Los fundamentos constitucionales son Derecho político puro, es decir, pura política conducida por el Derecho de la Constitución. Derecho de la ordenación, desarrollo y mantenimiento del orden jurídico del Estado. No hay más Estado para decidir su constitucionalidad que el organizado propiamente por su Ley fundamental. No hay más funciones de los órganos de los poderes del Estado que las delimitadas en la Constitución en sus respectivas zonas de reserva y concurrentes.

Los límites de la competencia de los servidores públicos, incluidos los jueces de una Corte o Tribunal constitucional, son y serán los “límites del lenguaje”<sup>4</sup> constituyente del Estado, dado que estos lindes no son un adorno sino los límites indisponibles de su mundo jurídico. La tarea de los jueces de un Tribunal constitucional, que por ejemplo gozare de la competencia para eliminar del orden una regla viciada, consistirá en discernir el contenido del lenguaje constituyente, nunca en engendrarlo ni en proponer sus reglas.

Los servidores públicos tienen por función desarrollar y sostener su sistema normativo. Aunque la Constitución mantiene un ámbito insospechado de cierta indeterminación normativa, esta circunstancia no alienta “ningún poder creativo de los jueces”<sup>5</sup>, ni que su tarea no pueda ser expuesta a un robusto control ciudadano, tan sólido como específico, en los casos en que se compruebe la inconstitucionalidad u otro tipo de diálogo

---

<sup>4</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig: *Tractatus Logico-Philosophicus*, Madrid, Revista de Occidente, 1957, p. 153.

<sup>5</sup> MAIER, Julio: *Mientras estés conmigo*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2017, p. 317.

“viciado” con los poderes constituidos. Ir más allá de los límites de la competencia fijada por la Ley fundamental a cada órgano del poder significa desnaturalizar y desmembrar los límites de la lengua prescriptiva de la Constitución.

La historia de las ideas políticas encuentra una huella repetida. En ella se abren dos caminos: por un lado, el gobierno del Derecho y, por otro, el gobierno de los hombres. En el primer sendero, el Derecho subordina la tarea de los hombres; en el segundo, los hombres subordinan, según su libérrima discrecionalidad, al Derecho. Me dedico, aquí, a examinar un caso en el que la autoridad del Derecho constituyente del Estado quedó sometida a la voluntad de los jueces. Concretamente: la Corte Constitucional de la República de Colombia (en adelante, CCC), por mayoría, pronunció la sentencia C-141/10 (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”.

En todas las piezas que integran este ensayo, quizá el argumento principal consista en la elección decidida por el gobierno del Derecho, con exclusión fulminante del gobierno de los hombres (en este caso: de los jueces que decidieron por mayoría). Para clamar por dicha primacía de la razón del Derecho, en la que no se encuentra la salvación de la comunidad pero sí una posibilidad para evitar su ruina, a continuación presento una verdadera desmesura en el ejercicio del poder jurisdiccional: “la sentencia”. Una muestra de voluntad de los gobernantes que no se subordinan al Derecho constituyente del Estado. “La sentencia” es un pequeño artefacto, pero sobre el que pesa una gravísima anomalía congénita que la convierte y confina para toda su vida. Por eso, la llevo más abajo al “extremo de sus consecuencias”, y por su extraordinaria anormalidad, reiterada y multiplicada, permite advertir una sinrazón: el “gobierno de los jueces”... sin diálogo.

## § II. La presidencia de la República de Colombia a comienzos del siglo XXI

La Constitución Política de Colombia (en adelante: CPC 1991) fue sancionada y publicada en julio de 1991. Desde entonces ha sido reformada en reiteradas oportunidades –aunque Colombia posee y padece un mecanismo de “declaración de inexequibles” de las enmiendas en la sede de la 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.

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”<sup>6</sup>. Las innovaciones económicas, sociales, políticas y jurídicas se hacen sentir desde el Preámbulo hasta las disposiciones transitorias. En sus más de 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.

Con la CPC 1991 en la cabecera del orden jurídico, Don Álvaro Uribe Vélez fue elegido el 26/5/2002 como Presidente de la República de Colombia. No se necesitó una segunda vuelta electoral porque obtuvo más de 54% de los sufragios. Su período presidencial comenzó el 7/8/2002 y se extendió hasta el 7/8/2006.

Ante la prohibición expresa para un segundo mandato presidencial, única composición deducible del artículo 197<sup>7</sup> de la CPC 1991, Uribe se dirigió al Congreso de la República. La CPC 1991 fue reformada por intermedio del Acto Legislativo 2 del 2004, que confirió una nueva redacción al artículo 197 de

<sup>6</sup> BUSHNELL, David: *Colombia. Una nación a pesar de sí misma. Nuestra historia de los tiempos precolombinos hasta hoy*, Bogotá, Planeta, 2003, p. 393.

<sup>7</sup> Texto originario del artículo 197 de la CPC 1991. “No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia”.

la Ley fundamental. Sin embargo, el “astuto” programa de Uribe requería de un eslabón: un pronunciamiento jurisdiccional. La reforma constitucional postulada por Uribe para acceder, por segunda vez, a la presidencia de la República fue acusada ante la CCC. El 19/10/2005 la CCC, por mayoría, bendijo en Derecho a las aspiraciones reeleccionistas del entonces “príncipe republicano”. En cuanto a lo que aquí concierne, por intermedio de la sentencia C-1040/05 se declaró “exequible” (“constitucional” fuera de Colombia) el Acto Legislativo 2 de 2004, “Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, en particular, la que habilitó la reelección del presidente en ejercicio, como se ha visto más arriba.

La suerte y la astucia para deducir sus “derechos políticos” acompañaron a Uribe. Quedó habilitado constitucionalmente para un segundo período presidencial. Las elecciones presidenciales de realizaron el 28/5/2006. Uribe superó el 62% de los sufragios, un caudal abrumador. Es, hasta hoy, la única persona en toda la historia política de Colombia en alcanzar semejante apoyo ciudadano en las urnas. Asumió su segunda presidencia el 7/8/2006 con vencimiento del período determinado constitucionalmente para el 7/8/2010.

Antes de vencer su segundo mandato, Uribe inició una nueva “aventura constituyente”. Así, logró que el Congreso de Colombia sancionase la ley 1354<sup>8</sup>, “Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”.

Artículo 1. El inciso 1° del artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

“Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período”.

Aprueba usted el anterior inciso.

Sí: ( )

<sup>8</sup> *Diario Oficial* No. 47.466, 8/9/2009.

No: ( )

Voto en Blanco: ( )

Artículo 2. La presente ley regirá a partir de la fecha de su promulgación.

La CPC 1991, en los incisos 1 y 2 del artículo 241, atribuyó competencia a la Corte Constitucional de Colombia (CCC) para entender en el juicio de constitucionalidad que se discierna “sólo” por vicios distinguibles en el “procedimiento” de formación del cambio constituyente<sup>9</sup>. El artículo 241, además, contiene un parágrafo único y final:

Quando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

La propuesta de referendo que portaba una reforma, con una nueva “norma de habilitación” para una segunda reelección presidencial, se remitió a la CCC, en cumplimiento del artículo 241, inciso 2° de la CPC 1991. La “sentencia” de la CCC pronunciada el 26/2/2010 terminó para siempre con las intenciones de reelección del presidente Uribe. La ley fue declarada inexecutable en su totalidad, por mayoría de jueces y por intermedio de “la sentencia” (C-141-2010), sin “antes” oír la voz propia de los ciudadanos que integran el pueblo, fundamento de la democracia y los actores más relevantes para conservar y reformar la

---

<sup>9</sup> 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 reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

constitución<sup>10</sup>. Esta vez la astucia de Uribe no fue iluminada por la suerte. No logró ser reelecto por segunda vez consecutiva.

“La sentencia” puso fin a las aspiraciones reeleccionistas del presidente que, por entonces, ejercía por segunda vez la magistratura en la República de Colombia, servicio público con vencimiento constitucional para el 7 de agosto de 2010. Sin ingresar en su cotización ni escarbar en su plataforma teórica, en los hechos significó la terminación, por vía jurisdiccional, de un pretendido modelo o tipo de presidencialismo continuo o sempiterno. Por su originalidad, no se conoce en América del Sud una decisión jurisdiccional semejante que singulariza una determinada gobernanza. En efecto, en tal tipo de gobierno, los jueces de la CCC asumen, por mayoría, esta ordenación: “no” a la hipótesis de una segunda reelección. La originalidad de “la sentencia” se justifica porque provocó, en el orden jurídico colombiano, su arraigo y mantención, sin apelar al cambio, y así troncó el desarrollo de un proceso político mucho más que en ciernes: la segunda reelección del presidente en ejercicio. El gobierno, por intermedio de sentencias judiciales, coloca a la autoridad o a la rama judicial en el rol de reguladora eminente de los grandes conflictos comunitarios. La novedad de la decisión también merece ser ponderada en sus justos términos. Apuntar esto no significa que la jurisdicción no decida, en América del Sud, contra las políticas de los ejecutivos que gobiernan cada uno de los Estados.

“La sentencia” instituyó un soliloquio jurisdiccional”. Por un lado, dispuso detener jurídicamente al líder político de Colombia que gozaba de mayor poder, pero, por otro, al mismo tiempo, impidió la celebración de una convocatoria popular, precisamente, la voz propia del mensaje indisputable que emerge de todo acto electoral que se desarrolle en democracia. El activismo judicial mostrado, aunque quizá resulte conciliable con el orden jurídico estructurado, es inconciliable con el principio

---

<sup>10</sup> CHAUX DONADO, Francisco José: *Adiós a la constitución: ¿Por qué la Constitución de 1991 ya no le pertenece al pueblo de Colombia?*, Bogotá, Temis, 2017, p. 257.

democrático. La limitación jurisdiccional a la soberanía de los ciudadanos del pueblo, pese a encontrar asiento constitucional, torna ineficaz la palabra del individuo sobre sus propias preferencias políticas; en suma, una renuncia impensable al principio de la libre deliberación y elección democrática. La jurisdicción constitucional, con su papel negador, lejos de constituirse en un poder moderador, se convierte, en el contexto referido y en la práctica ejercida, en un poder obturador, que clausura la expresión de una ciudadanía democrática.

“La sentencia” es una de las más relevantes que se han pronunciado en la historia de la jurisdicción de la América del Sud. La adjetivo como “relevante” con segura convicción, porque “equivocar la palabra es equivocar la cosa”<sup>11</sup>. 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. En otras palabras: una doctrina colombiana que alcanzaría para censurar, jurisdiccionalmente, el procedimiento y hasta el contenido de una reforma constitucional.

### III. “Naturalmente, la sentencia”<sup>12</sup>

#### III.A. Descripción

Con fecha 26 de febrero de 2010, la Sala Plena de la CCC colombiana dictó la sentencia C-141/10. En una decisión dividida,

<sup>11</sup> SARTORI, Giovanni: *La carrera hacia ninguna parte. Diez lecciones sobre nuestra sociedad en peligro*, Buenos Aires, Taurus, 2016, p. 47.

<sup>12</sup> “La sentencia”, en esta contribución, no cumple, estrictamente, una función como ironía intertextual o elemento metanarrativo. En 1980, Umberto Eco publicó *El nombre de la rosa*. El encabezado de la página inicial dice “Naturalmente, un manuscrito”. En el comienzo de la obra, Eco, narra cómo fue a parar a sus manos un antiguo texto medieval, un manuscrito del siglo XIV. V. Eco, Umberto: *El nombre de la rosa*, Buenos Aires, Sudamericana, 2017, pp. 7 y 9, respectivamente. Sin embargo, “la sentencia”, aunque nunca fue ni será un manuscrito, cumple, robustamente, el rol de una afirmación histórica que desencadena e influencia la totalidad de los razonamientos. “La sentencia” constituye un hecho memorable e indisputado

la Corte resolvió “Declarar inexecutable en su totalidad la Ley 1354 de 2009”, por siete votos contra dos. Puntualmente, la mayoría de siete votos en la “cuestión resolutive” mencionada en el párrafo anterior se conformó con un voto principal que fue suscripto por cuatro magistrados: Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva, y la concurrencia de otros tres magistrados con aclaraciones en sus votos respectivos: María Victoria Calle Correa, Nilson Elías Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto. Por su parte, la minoría se integró con dos magistrados que disintieron mediante el salvamento de sus votos: Mauricio González Cuervo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Con tal precisión, seguidamente, ofrezco un panorama sobre los aspectos centrales de la decisión de la mayoría en la sentencia C-141/10 y de su disidencia. Advierto que, a los fines expositivos, llamo “mayoría” al bloque discursivo integrado por Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva. No desconozco que María Victoria Calle Correa, Nilson Elías Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto “aclararon su voto” y concurrieron con los cuatro jueces recién citados en el punto resolutive, pero el más nutrido bloque doctrinario se encuentra integrado por los cuatro jueces aludidos en primer lugar, quienes aunaron esfuerzos para ofrecen un solo discurso. Además, la aclaración de voto de la magistrada Calle Correa no fue publicada. Por iguales razones, apodo “minoría” a la disidencia ofrecida por Mauricio González Cuervo, en la inteligencia de que la disidencia de Pretelt Chaljub fue anunciada y no publicada.

En este punto, deseo aclarar que asumo la responsabilidad de analizar los hechos sin haberlos vivido intensamente en la

---

de la realidad objetiva. Su existencia es indisimulable y, en cierto sentido, en esta obra, constituye su parición. Así, pues, se genera el presente texto, en cuyo ámbito el lector ideal que nace por la propia obra aceptará que se redacte, sin ironías ni referencias más allá de la propia narración, la siguiente escritura: “Naturalmente, la sentencia”.

comunidad colombiana y, por consiguiente, de haber elaborado una cotización peculiar de su trama argumental. Además, la atmósfera del relato, en especial su presentación y numeración, ha sido escogida con total libertad y con una facultad que sólo busca amenizar la lectura de “la sentencia”. Para juzgar la probidad, bastará echar una mirada a la síntesis<sup>13</sup> que ofrezco, en la que he intentado mantener el vocabulario original hasta donde resultaba razonablemente posible y justificado.

### *III.A.1. Los argumentos de la decisión “mayoritaria”*

A los fines del presente análisis, las consideraciones y los fundamentos desarrollados por la mayoría se agrupan en tres fragmentos: *a)* la dinámica del poder constituyente y los alcances del control de constitucionalidad; *b)* el significado de la democracia y el respeto de las reglas procedimentales; y *c)* la sustitución de la Constitución y la segunda reelección presidencial.

*a)* La dinámica del poder constituyente y los alcances del control de constitucionalidad:

1. El poder constituyente originario o fundacional es un poder político e ilimitado, que se encuentra exento del control jurisdiccional. En cambio, el poder constituyente derivado

---

<sup>13</sup> En el trabajo de resumir los fundamentos de “la sentencia”, he procurado ser fiel a sus palabras, que en ocasiones a su vez corresponden a citas ajenas de autoridad. Para facilitar la legibilidad de este texto, decido colocarlo en un formato de cita extensa, aunque desde luego haya modificado su orden, e incorporado algunas reformulaciones y también supresiones considerables. El original de “la sentencia” se encuentra disponible en <http://www.corte-constitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm> consultado por última vez el 28/11/2018.

“La sentencia” contiene alrededor de 200.000 palabras. Comparativamente, la extensión de su textura posee un 40% más de palabras que *Cien años de soledad* y un 40% menos que *Don Quijote de la Mancha*. Repárese, además, en el hecho de que no hay Constitución vigente en el mundo que supere, con hidalga claridad y eficacia normativa, las 100.000 palabras. En tierra firme y años después de la elaboración de “la sentencia”, sobreviene una inquietud: ¿se tratará de un acto jurisdiccional pensado para la lectura crítica, edificante y comprensiva en el ágora ciudadano? En dicha proliferación de letras, los magistrados hicieron mérito de múltiples cuestiones, tanto formales como sustanciales, por lo que su exposición, para no abrumar al lector, se ha ceñido sobre los aspectos que se juzgan más relevantes.

es un poder jurídico y limitado, que se halla sometido al control jurisdiccional.

2. Una vez dictada una Constitución por el pueblo, éste mismo debe actuar dentro del marco constitucional que se ha dado. El artículo 3° de la Constitución, según el cual “[l]a soberanía reside 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”, implica que el pueblo, a pesar de ser el depositario de la soberanía, cuando ejerce el poder de reforma constitucional también debe actuar dentro del marco procedimental y de competencia fijado por la propia Constitución.

3. El art. 241, inciso 2, de la Constitución, en cuanto prescribe que la Corte debe “[d]ecidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación”, no implica que el control solamente alcance a los límites formales derivados de las reglas procedimentales establecidas por la Constitución y por las normas legales que regulan la materia, sino que se extiende al examen del texto de la ley de convocatoria a referendo para preservar la libertad de los votantes, como así también a los límites materiales que se derivan de la propia competencia en cuestión, que es reformar la Constitución, pero no derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad.

*b)* El significado de la democracia y el respeto de las reglas procedimentales:

1. La democracia constituye uno de los elementos estructurales del diseño estatal adoptado por la Constitución.
2. En cuanto valor y principio constitucional, la democracia irradia todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que condiciona la conformación de los órganos, las funciones y los procedimientos dentro del Estado, para que éstos se

articulen de forma coherente con los contenidos propios del principio democrático; pero, igualmente, ha de servir como elemento hermenéutico en la comprensión del ordenamiento constitucional e infraconstitucional, de manera que el sentido que se extraiga de las disposiciones concretas no sea contrario a sus postulados.

c) La sustitución de la Constitución y la segunda reelección presidencial:

1. En relación con la sustitución de la Constitución, la “mayoría” de la Corte colombiana reseñó los siguientes criterios: a) El poder de reforma definido por la Constitución está sujeto a límites competenciales; b) En virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la Constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta; c) Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad; d) La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello; e) El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución; y f) Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.

2. La sustitución implica la franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra completamente distinta que, por ejemplo, sirva de base a una forma de organización política opuesta, como cuando se cambia la república por la monarquía, la democracia por la dictadura o el Estado de Derecho por el totalitarismo.

3. Esa sustitución puede ser total, cuando la Constitución como un todo es remplazada por otra; o parcial, cuando un

eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente.

4. De tornarse efectiva la segunda reelección, el tercer período del Presidente desconocería la regla de alternación en el ejercicio del poder político, preservaría por un lapso prolongado las tendencias ideológicas propugnadas por el gobierno, así como los equipos encargados de desarrollar las políticas y propiciaría la continuidad de la mayoría dominante, con notable retraso de la renovación, fuera de lo cual la posibilidad de designar, postular e influir en la composición de otros órganos públicos destruiría la coordinación constitucional de los distintos períodos y tendría por resultado el acrecentamiento del poder presidencial y la pérdida de eficacia de los controles sobre la actuación del Presidente.

5. Por lo tanto, una segunda reelección presidencial sustituye ejes estructurales de la Constitución Política y, por lo tanto, la Ley n° 1354 de 2009 que busca hacer posible una reforma constitucional que la instituya vulnera la Constitución y debe ser declarada inconstitucional.

### *III.A.2. Los contraargumentos de la opinión “minoritaria”*

La minoría, según se adelanta más atrás de conformidad con los fundamentos expresados por el juez M. González Cuervo, rebate las razones de la “mayoría” y cuestiona, esencialmente, la legitimidad del tipo y alcance del control de constitucionalidad desplegado por la Corte.

1. La teoría de la sustitución de la Constitución implica la creación de una especie de vicio mixto –ubicado entre los de trámite y los materiales– relativo a la “competencia” como presupuesto ineludible del procedimiento, que lleva a expandir el espectro de control de la Corte.

2. Sin embargo, con el surgimiento de la categoría de vicios de competencia, la Corte desconoce y desborda los límites de su propia competencia, al mutar el control del procedimiento y emprender el control material de las leyes

convocatorias al referendo y los actos reformativos de la Constitución.

3. El control competencial no sólo es extraño a la labor de la Corte, sino también al Título XIII de la Constitución, en el que no se hace ninguna alusión a la existencia de límites competenciales a la potestad reformativa de ninguno de los tres estamentos legitimados para modificar la norma fundamental.

4. No es válido que la Corte decida inmiscuirse en el contenido material de las leyes convocatorias a referendo, con el supuesto fin de asegurar el cumplimiento de “ejes definitorios” de la Constitución, pues no existe fundamento constitucional alguno para hacerlo.

5. Es fácil identificar cómo, en el juicio de sustitución de la Constitución, el análisis de la Corte no se sustenta en criterios normativos, objetivos y verificables, sino que recurre a la figura de los “ejes definitorios”, que están librados en su determinación al subjetivismo del juez, y que petrifican la Constitución impidiendo la reforma democrática y soberana impulsada por el pueblo, desconociendo con ello el principio democrático, la separación de poderes y la soberanía popular que pretendían defenderse.

6. El juicio de sustitución emprendido por la Corte sólo difiere de un juicio material, en el nombre que se le dio al método, pues en la práctica lo que se hace es desconocer el hecho de que la Corte sólo puede ejercer su control por vicios de forma, con lo cual la teoría de la sustitución no es más que una manera de burlar los límites de la competencia de la Corte delineados en la Constitución.

7. Lo que se revela en el juicio de sustitución de la Constitución es la aplicación más subjetiva posible de los dispositivos Constitucionales, y la realización velada de un control material que, para rematar, implica la imposición de una visión aristocrática del derecho por encima de una visión democrática emanada del pueblo soberano.

8. El juicio de sustitución de la Constitución genera dificultades para hacer predecible el ejercicio de la Corte respecto del control de los actos reformativos de la Constitución, pues el parámetro de control es indeterminable con anterioridad al ejercicio del poder jurisdiccional de la Corte, por la simple razón de que los supuestos límites al poder de reforma, que son el parámetro para justiciar la misma, no están explícitos en el texto constitucional.

9. La teoría de la sustitución de la Constitución, al ser aplicada en un momento previo al cambio constitucional, produce el efecto de evitar que a través de los cauces democráticos se escoja por el pueblo soberano qué debe y qué no debe hacer parte de la norma fundamental, prefiriéndose la aplicación de un control de constitucionalidad que sustituye al pueblo por el criterio de un estamento que carece por completo de representatividad democrática.

10. El referendo se presenta entonces en pie de igualdad, o incluso superioridad en términos de legitimación para establecer un cambio constitucional, pues es el mismo pueblo soberano el que implementa el cambio, y no un representante en el marco de una Asamblea, que por más definida su competencia, periodo y composición, no es directamente el pueblo, sino uno de sus representantes.

#### **IV. Tesis y estrategia argumentativa**

Ya he señalado que “la sentencia” es una de las resoluciones que, en el inventario general, puede ser computada como de las más relevantes que se han pronunciado en la historia de la jurisdicción de la América del Sud. En efecto, la acción total desplegada por el presidente “no fue iluminada por la suerte” y no logró su segunda reelección. También he afirmado que “la sentencia”, por su extraordinaria anormalidad, reiterada y multiplicada, permite advertir el verdadero desatino sin fundamento en la razón y la angustia institucional que debería provocar el gobierno de los jueces, sobre todo –repito– si se la lleva al punto final de sus

consecuencias institucionales. “La sentencia” es una muestra de un gobierno de los jueces. Su crítica razonada permite inferir el problema sin solución que se exhibe cuando la Constitución queda, exclusivamente, como un artefacto bajo el poder ecuménico del órgano jurisdiccional o de sus servidores, los jueces, quienes la podrían moldear de acuerdo con sus propias verdades eternas.

Frente a “la sentencia” planteo cinco proposiciones capitales:

---

(i) La regulación, en la propia lengua de la Constitución, del acuse de inconstitucionalidad formal del proceso detallado respecto del cambio de la ley fundamental y la determinación de la autoridad que deberá resolver el conflicto jamás debería significar una solución cuyos rasgos impliquen la inestabilidad de la fuente de poder ciudadano, su inferioridad o, peor aún, su letal descuido o abandono.

(ii) Constituir a la autoridad jurisdiccional en árbitro supremo de la política comunitaria impediría la liberación horizontal de la palabra pública de los ciudadanos.

(iii) A su vez, queda sin diferencias la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Esta solución extraordinaria se sitúa fuera de la autoridad de la Constitución y de cualquier argumentación razonable, porque se admitiría una “contrarreforma” por vía jurisdiccional al manifestarse un ejercicio de poder constituyente derivado, ciertamente, no electo por el pueblo para cumplir tal alteración.

(iv) Antes que pensar en las limitaciones al poder jurídico ciudadano para generar reglas jurídicas de la más alta estirpe, ¿no correspondería limitar el poder de los jueces?

(v) ¿La CPC 1991 ha confiado a los jueces de la CCC o al Congreso el deber de determinar la naturaleza, la oportunidad y el contenido de las enmiendas constitucionales?

---

Para fortalecer la capacidad explicativa de la tesis principal plantada, he dispuesto la fragmentación del discurso que la justifica. Sin embargo, la tesis se trata de una construcción severamente codificada, razón por la cual cada uno de los fragmentos no deben empalidecer ni hacer temer sobre el énfasis, la idealidad y la unidad que ella mantiene en su segura comprensión totalizadora. La composición de la tesis descrita no se afecta por esta descomposición fragmentaria, a tal punto que su fecundidad debe ser interpretada de manera global. Comprometido con esta tarea, la cumplo en los cinco fragmentos que se dedican a continuación.

Asumo, por de pronto, que la CPC 1991, al igual que todas las Constituciones escritas, presenta los mismos problemas que se derivan de la lengua: la ambigüedad, la consideración genérica, la abstracción y la falta de determinación. La interpretación constitucional pierde su posición y deja de ser tal cuando ella se rinde, al no emplear las palabras acertadas, y se coloca fuera del perímetro de la lengua constituyente. Por eso, antes de justificar mis ideas, si se me preguntase acaso si en “la sentencia” la posición vencedora dentro de la CCC, por simple agregación de preferencias, contiene la respuesta correcta, afirmarí que las preguntas jurídicas pueden tener varias respuestas.

En este estudio, la interpretación dogmática intenta reducir el ámbito de la indeterminación y proveer una solución suficientemente comprensiva de la vaguedad, la abstracción y la generalidad. Es cierto: causará desilusión descubrir que el jurista no ha de proponer respuestas correctas, porque las propiedades del orden jurídico pueden originar la presencia de varias soluciones, en caso de que las hubiere en la realidad objetiva. Las soluciones, en la realización de los órdenes jurídicos constitucionales, a veces contienen respuestas monovalentes; en otros casos, bivalentes y también polivalentes; no obstante, la multiplicidad se ha de agotar cuando la interpretación arrase con la lengua constituyente. Por consiguiente, lo señalado configura el marco de referencia discursivo para “la sentencia”. Mi respuesta concluyente –hasta nuevo aviso– se articula como

conjetura fundada, que, quizá, fuese o pudiese ser refutada por la vía de su desestructuración o de un nuevo progreso en el conocimiento.

#### *IV.A. Defensa del poder ciudadano*

---

La regulación, en la propia lengua de la Constitución, del acuse de inconstitucionalidad formal del proceso detallado sobre o respecto del cambio de la ley fundamental y la determinación de la autoridad que deberá resolver el conflicto jamás debería significar una solución cuyos rasgos impliquen la inestabilidad de la fuente de poder ciudadano, su inferioridad o, peor aún, su letal descuido o abandono.

---

La lengua prescriptiva que asuma la Constitución de un Estado tiene varias propiedades: instituye un modelo único e irrepetible; alberga decisiones de filosofía política, muchas veces de diferente fuente, socialista o liberal, progresista o conservadora, e instaura un orden jerárquico de normas y las escalona en grados inferiores. La Ley fundamental de Colombia de 1991 ha cubierto todos esos aspectos y estableció un mundo constitucional. Un escenario mundano de reglas constitucionales para ser comprendido, observado y acatado por los ciudadanos y por los servidores públicos. Todo esto queda protegido con la normatividad de la CPC 1991. Más claramente, no hay más Derecho constitucional que el determinado por la Ley fundamental de 1991 y sus procesos de variación.

La lengua escrita por el poder constituyente colombiano de 1991 recrea, con fidelidad, su verdadero y único presupuesto instituyente: los ciudadanos que integran el pueblo. En su artículo 3 dispone para su propia eternidad que “[l]a 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”. En el concierto sudamericano el enunciado citado es uno de

los más bellos, rigurosos y enfáticos. Nadie debería tener dudas respecto de la fuente del poder de configuración normativa. Porque ese pueblo, el colombiano, ha determinado conducir las existencias de los individuos con un riguroso marco de referencia normativo, la Ley fundamental de 1991.

La lengua de la CPC de 1991 también fue preparada por el poder constituyente fundador para el tiempo y el espacio futuro. Así, identifica con nitidez el protocolo de variación en el artículo 374: “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”. Aquí también queda clausurado el orden constituyente de la Ley fundamental colombiana: no hay más vías o procesos para reformarla que los descritos y determinados por ella misma. Cualquier cambio que se intente fuera del proceso aludido queda fuera de la cosmología de la CPC 1991. Ella introduce en el orden jurídico un modelo propio, autorreferente y extraordinariamente preservador y conservacionista de su ideario prescriptivo, porque hace mucho más compleja su variación, si se la compara con la legislación cotidiana y ordinaria.

Así, quedará fatalmente decepcionado el sujeto que intentar un cambio, más allá de la protocolización señalada para la reforma constitucional. Ya sea que se tratare de un héroe o de un traidor, podrán cambiar la CPC 1991, pero su escritura no podrá ser reformada fuera del detalle ordenado en el Título XIII de la Ley fundamental de 1991. Con otras palabras, y para no descorazonar a nadie, no hay más reforma que la variación determinada en los artículos 374 a 379.

La reforma de la Constitución, como proceso normativo, protocolizado e indisponible, carece de un modelo único. Mejor todavía: no existen dos Estados en el mundo entero que posean idéntico proceso de variación constitucional<sup>14</sup>. La reforma constitucional, una verdadera apertura al tiempo, puede ser utilizada para “adaptarse” a procesos evolutivos que ya se han producido

<sup>14</sup> V. VERGOTTINI, Giuseppe de: *Derecho constitucional comparado*, Buenos Aires, Universidad, 2005, pp. 174-196.

en los hechos, pero también puede “inducir” tales procesos de cambio<sup>15</sup>. La variación constitucional autoriza el desarrollo de la Ley fundamental.

Pero hay más sobre la lengua instituida propiamente por la CPC 1991. Una cuestión que puede ser discutible casi al infinito. Así, la lengua constituyente de 1991, para proteger o tutelar su pureza normativa, estableció el control jurisdiccional para las reformas “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, según se ordena en los numerales 1 y 2 del artículo 241. La determinación del poder constituyente originario de incluir en la textura el acuse de inconstitucionalidad de una reforma “sólo por vicios de procedimiento en su formación” introduce una extraordinaria singularidad para la lengua constitucional colombiana de 1991. Esta cuestión remite, inexorablemente, a los límites del proceso de variación.

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

Por de pronto, por “límites” he de entender, conceptualmente, los linderos dentro de los cuales debe transitar la creación del poder reformador constitucionalmente reglado<sup>16</sup>. Asumo la doctrina que asimila que el poder de reforma de la Constitución es un poder en la medida y justeza de sus límites, y más allá de estos lindes deja de ser una competencia establecida para convertirse en una pura fuerza.

La lengua adoptada por la CPC 1991, en particular en los incisos 1 y 2 del artículo 241, aunque no utilizan el término

---

<sup>15</sup> HÄBERLE, Peter: *El Estado constitucional*, México D.F., UNAM, IIJ, 2003, p. 140.

<sup>16</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito: *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, CEPC, 2000, p. 167.

“formales”, sin sospechas los sacraliza; se quiere abordar el problema de los límites formales, cuando se emplea el enunciado normativo “sólo por vicios de procedimiento en su formación”. Evidentemente, en la CPC 1991 no hay ningún filón para imaginar “límites materiales” al poder de reforma, al menos, con el estilo explícito que ha fundado la Constitución brasileña de 1988, en su artículo 60. En semejante sentido, en la CPC 1991 tampoco se observan reglas irreformables, con el estilo auro-ral del artículo 139 de la Constitución de Italia de 1947 o del artículo 89 de la Constitución de Francia de 1958, o del artículo 79, apartado 3º, de la Ley fundamental de Alemania de 1949.

Los límites formales instituyen a qué órganos calificados compete y a qué procedimiento específico debe atenderse la realización de la creación constitucional reformadora<sup>17</sup>. Los límites del mundo jurídicamente posible, inaugurados a partir de la CPC 1991, son puestos por su lenguaje<sup>18</sup>. La elección por un determinado órgano y por un determinado proceso establece una cuestión que afecta la competencia, limitada, de la reforma de la CPC 1991.

Los límites formales, identificados en el artículo 241, incisos 1 y 2 de la CPC 1991, sólo por vicios en el procedimiento de formación de la reforma, no son un mero encaje, porque ellos conjugan y determinan la canalización y estabilización de las preferencias de los ciudadanos. Los límites formales, como procedimiento reglado en la CPC 1991, no son un mapeo ni una tímida insinuación, ya que instituyen, sin dudas, el propio desarrollo de la normatividad de la Ley fundamental. Los límites formales integran la lengua constituyente de 1991 y significan una privación, dado que solamente se puede seguir –si se ha de perseguir la constitucionalidad– el territorio formalizado para el cambio este proceso detallado y jamás otra especie de variación.

<sup>17</sup> Cfr. Ross, Alf: “On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law”, *Mind*, Vol. 78, Issue 309, Oxford University Press, January 1969, p. 1.

<sup>18</sup> Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig: *Tractatus Logico-Philosophicus*, ob. cit., p. 153.

La autoridad de la CPC 1991 incluye como parámetro básico para su regularidad el cumplimiento de límites formales al proceso de variación. Además, en el artículo 379 se dispone que *“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”*(Repito: el “XIII”).

Se puede discutir, como lo hago luego, sobre el acierto o desacierto de instituir a la CCC con semejante responsabilidad institucional. No puede discutirse, en cambio, ninguna simultaneidad de sentidos. La CCC tiene atribuciones sólo para conocer sobre vicios en el procedimiento de formación de la reforma; hasta allí la competencia resulta indiscutida. No obstante, carece de atribuciones constitucionales para conocer respecto de la vulneración de un límite material o, peor todavía, en el marco de una enjundiosa e indescifrable doctrina de la sustitución<sup>19</sup> que no tiene cabida en la positividad expresa y determinada de la lengua fundamental colombiana de 1991.

La doctrina de la sustitución de la Constitución, aunque reposare en determinados pilares o ejes definitorios, no se encuentra en la nomenclatura positiva de la lengua autorizada por la CPC 1991. Pese a que pareciere portar alguna riqueza, sin dudas su contenido es una verdadera “isla misteriosa”, cuya develación depende de la subjetividad del juez que discierna,

---

<sup>19</sup> La doctrina de la sustitución de la Constitución ha sido confiadamente realizada desde 2003 hasta el presente por los jueces de la CCC. Originalmente, se limitó a la infracción de límites formales. Luego, con el pergamino de los vicios de competencia, se ha extendido al control de límites materiales o de contenido de una reforma, tal como se analiza en el cuerpo principal, respecto de “la sentencia”. 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” ni completa, porque la elaboran los jueces de la CCC en el “cielo” de los conceptos abiertos, cuya producción reside en su propia voluntad discrecional.

eventualmente, un asunto vinculado con la regularidad formal del proceso de reforma.

No hay normatividad constitucional que guarde a la doctrina de la sustitución. No existe definición de competencia para que la CCC se arrogue el conocimiento de una nueva categoría: “vicios de competencia en la reforma constitucional”. El establecimiento de la CPC 1991 instituye a la CCC. La lengua constituyente ha definido al órgano CCC; si se entendiere que la CCC define sus competencias, no existiría tal órgano sino un órgano a cargo de una competencia omnisciente con habilidad institucional para determinar las competencias de los poderes constituidos. Con un juego de palabras: la competencia sobre las competencias.

La autoridad que atribuye el artículo 241, en sus incisos 1 y 2, en tanto se la vincula sólo con los vicios en el procedimiento de formación de la reforma, introduce, por sí misma, una entelequia discutible. Esta señal opinable no salda la discusión sobre la regularidad del proceso formal por el hecho de que lo estudie y juzgue la CCC. Frente a este fenómeno –el control de la regularidad formal de la reforma constitucional, típicamente colombiano–, correspondería preguntarse, sin vacilar, si la atribución de tanta autoridad jurisdiccional no daría lugar a una tempestad de poder.

La CPC instituye una determinada normatividad. Así como la reforma de la Ley fundamental se encuentra ceñida a una conjugación específica e indisponible, lo mismo ha de entenderse respecto de la competencia de la CCC. No desconozco que pudiesen existir límites materiales implícitos indeterminados, todavía, pero susceptibles de ser captados en la CPC 1991. Probablemente, una segunda reelección de un presidente destruiría el sentido de la “república” instituida por la Ley fundamental.

El presidencialismo no me causa ninguna simpatía. Hay suficientes razones para vincular las desgracias de sistemas de gobierno con la ausencia de democratización del modelo presidencial. Admito, además, que tal conducta (la tentativa de una

segunda reelección presidencial) podría ser entendida como pulverizadora de un “principio de naturaleza estructural” de la CPC 1991: la institución de la “República”. Frente a tales desvelos institucionales, sin dudas que a nivel dogmático hubiese marchado, debatido y escrito en contra de la posibilidad de una primera reelección presidencial (como sucedió con Uribe en 2006). Mucho más, por cierto, contra la intentona de una segunda reelección presidencial consecutiva, un calvario para el itinerario ciudadano.

Sin embargo, con igual sinceridad debo confesar que la CCC no tiene competencia constitucional para conocer sobre la transgresión de dicho “principio estructural” (la renovación de las autoridades republicanas), por la sencilla razón de que la lengua engendrada por el poder constituyente en 1991 no habilitó su competencia para conocer en tal asunto. El gobierno constitucional es un gobierno limitado por la propia Ley fundamental. Si no existiesen límites, no sería el gobierno de un Estado constitucional. Todos tienen límites: los ciudadanos y los servidores públicos, en cada una de sus tareas.

Más allá de las buenas intenciones, la CCC, al considerar que ese órgano puede entender en el conocimiento de una reforma en ciernes y en un ámbito no reglado por la CPC 1991 para sus atribuciones, ella misma engendra una nueva versión de la lengua constitucional y dispone que ha de conocer porque hay vicios de competencia que desnaturalizan elementos estructurales del Estado.

La institucionalización, en la CPC 1991, de los conflictos que se suscitaren en y como consecuencia de la variación constituyente se remonta con seguridad a la propia historia jurídica del Estado. Sin embargo, sostengo que tal asignación de responsabilidad institucional a la CCC debe ser interpretada con suma prudencia. La ampliación del ámbito de conocimiento de la CCC sobre los procesos de regularidad en la formación de una reforma –repito: más allá de la taxativa nomenclatura del art. 241, incs. 1 y 2 y por su propia voluntad– compromete de manera directa la estabilidad del poder ciudadano. Esto es así

porque ese pueblo colombiano, integrado por sus ciudadanos, constituye la fuente del poder para elegir a sus representantes, y que éstos desarrollen sus tareas en el ámbito ceñido de sus competencias. Si los jueces, los presidentes o los legisladores creasen con actos de pura voluntad la zona de sus competencias constitucionales, el ciudadano quedaría en notoria inferioridad. En ese caso, la Constitución, en tanto código de restricciones al poder, se convertiría en un artefacto descuidado. Incluso, hasta quizá debiese ser abandonado, porque no cumpliría su principal tarea: determinar el ámbito de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad para proceder a un encapsulamiento del poder.

La CPC 1991 impone límites a ciudadanos y servidores. Todos esos límites son explícitos, ya que la objetividad indubitada del Derecho alienta las posibilidades respecto de su siempre inalcanzable certeza absoluta. La lengua constitucional de 1991 es la que determina los “límites”; no son los servidores públicos –llámense jueces, presidentes o legisladores– quienes deben producir esos “límites”, más allá de sus encargos prescritos en la Ley fundamental. Si acaso lo hiciesen, se vaciaría de sentido la idea de Constitución como instrumento reglado para permitir las existencias, en paz, de la ciudadanía.

#### *IV.B. El peligro de cercenar la palabra pública de los ciudadanos*

---

Constituir a la autoridad jurisdiccional en árbitro supremo de la política comunitaria impediría la liberación horizontal de la palabra pública de los ciudadanos.

---

La Constitución no es una hoja de papel, ni deja todo librado a la pura gobernanza de lo fáctico. Ella evoca un significado político, como ningún otro de los términos que emplea el Derecho objetivo en el discurso estatal. La Ley fundamental colombiana lo expresa maravillosamente, porque ella es la “constitución política” del Estado. No es caprichoso, en consecuencia, que el constituyente de 1991 haya acudido al inusual

expediente de titular la norma fundamental como Constitución Política de Colombia, al atender a la santísima idea de que en todo momento la Ley de leyes debe consultar las transformaciones políticas de la sociedad. Su propio apodo, “política”, acaba con la discusión.

En toda comunidad política organizada se necesita que se instituya una autoridad para “decidir todas las controversias”<sup>20</sup> que puedan surgir con respecto al acatamiento a su Derecho; en especial, al Derecho constituyente que emana de la Ley fundamental. La determinación de un proceso y de un modo de solución determinado para las controversias resulta elemental para garantizar la paz social. A la jurisdicción se asigna, por lo general, la resolución de conflictos y el control de constitucionalidad; también, el gobierno de la judicatura, aunque en estos casos la tarea, a veces, es concurrente con los departamentos políticos<sup>21</sup>. Sin embargo, las dos funciones –control de constitucionalidad y decisión sobre los conflictos–, que caracterizan a la propiedad básica de la jurisdicción, se encuentran vinculadas entre ellas, sobre todo por el hecho de que la primera (el control) siempre se desenvuelve en el marco de la segunda (un conflicto).

En consecuencia, dado un orden jurídico constituyente de un Estado, las disputas que se susciten con motivo de su mantenimiento o de su desarrollo serán siempre políticas. El Derecho constituyente es puro poder político concretado o “poder realizado”<sup>22</sup>. Por lo tanto, asumir que las cuestiones constitucionales son cuestiones políticas –sobre todo cuando se presentan como disputas– significa que tienen este aditamento, “políticas”, no por una vinculación con un partido, una fuerza o una asociación, sino por el hecho de que se demandan para

---

<sup>20</sup> HOBBS, Thomas: *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 147.

<sup>21</sup> V. ZAFFARONI, E. Raúl: *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 59.

<sup>22</sup> HAURIQU, Maurice: *Principios de Derecho público y constitucional*, Madrid, Reus, circa 1929, p. 283.

sostener un orden jurídico creado por un acto constituyente político. Las disputas, en particular cuando se demanda el control de constitucionalidad, son disputas sobre Derecho positivo, en las que se asumirá la existencia de procesos y contenidos reglados; aunque se trata de controversias jurídicas, su esencia es inimaginable e irremontable sin la política.

Los actos jurisdiccionales son actos inherentes a la soberanía del Estado por intermedio de los cuales se protege o se desarrolla su orden jurídico. La garantía de constitucionalidad, sobre todo cuando se ejerce para declarar la nulidad o anulación de un acto o proceso, contiene puro ejercicio de una función “legislativa”<sup>23</sup>. Un ejercicio negativo del poder de configuración jurídica. El órgano jurisdiccional, cuando anula o nulifica un acto o una norma, debe trazar también una concepción abstracta, genérica y universal, pero en sentido negativo. La confección de la declaración de inconstitucionalidad de una norma o de un acto constituye una tarea política, porque se tratará de la partida de defunción del Derecho atacado, viciado y disconforme.

La tarea de interpretación, en el marco del control de constitucionalidad, es ardua, delicada y compleja. El juez constitucional integra el “sistema de autoridad dentro del Estado”<sup>24</sup>, pero, antes que eso, es un ciudadano de esa misma comunidad, que tiene comprensiones sobradas sobre cada una de las partes de la Constitución. El juez tiene una ideología, no es neutral; sin embargo, se espera que actúe con imparcialidad e independencia y dentro del contenido de la Constitución, cuyas piezas normativas han sido construidas por una o varias ideologías concurrentes.

En el marco del control de constitucionalidad, tampoco es neutral la Ley fundamental, objeto de la interpretación jurisdiccional. Sus directivas jamás lo podrían ser por definición propia. El Derecho constitucional, una vez puesto en el mundo, asume

<sup>23</sup> Kelsen, Hans: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México D.F., 2008, p. 24.

<sup>24</sup> V. ZAFFARONI, E. Raúl: *Estructuras judiciales*, ob. cit., p. 109.

una verdadera configuración dinámica. Objetivamente, como elemento mundano, puede ser entendido como un verdadero tren en pleno movimiento<sup>25</sup>: será muy difícil que sus pasajeros (ciudadanos y servidores) sean capaces de mostrar neutralidad por el reputado hecho “físico” de la marcha de su movimiento. No obstante, frente a un problema agudo sobre la constitucionalidad, no será un disparate intuir que correspondería aguardar una probable orientación interpretativa de un juez con ideario socialista y otra distinta de un juez más inclinado a las ideas liberales.

Vale aclarar que la CCC tiene un poder distinguido y sobresaliente en el escenario jurisdiccional de la CPC 1991. Sus poderes son notables. Se le confía la “guarda de la integridad y supremacía” de la propia Ley fundamental de 1991, en la estricta y precisa competencia atribuida en el artículo 241 ya citado.

Evidentemente, el poder constituyente auroral de 1991 se inclinó por un árbitro para el proceso de la Ley fundamental. Así, se le encomienda a la CCC una misión insustituible, irrenunciable y casi divina: la tutela de todas las piezas para que la Ley fundamental no carezca, jamás, de ninguna de sus partes. Además, otro compromiso celestial: protegerla frente a la invasión de su superioridad, como norma de normas, en el orden jurídico.

La política es un emblemático “arte”<sup>26</sup> que denota las capacidades y las incapacidades, las habilidades y las debilidades, los éxitos y las frustraciones; en fin, el bienestar o el malestar general que los ciudadanos pueden disponer sobre los problemas comunitarios, cómo solucionarlos, cómo administrarlos y, también, quizá, la quimera de cómo evitar las repetidas caídas en dilemas. Así, en la comunidad la política jamás tiene descanso. En el ámbito del Estado todo es político. Todas las

<sup>25</sup> ZINN, Howard: *Nadie es neutral en un tren en marcha. Historia personal de nuestro tiempo*, Guipúzcoa, Hiru, 2001.

<sup>26</sup> BUNGE, Mario: *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Madrid, Gedisa, 2009, p. 85.

horas del tiempo infinito, en todos los espacios en que pueda ejercer su imperio y su coerción jurídica. Toda felicidad de la comunidad es política. También las desgracias que, a menudo, en la vida citadina son más duraderas y menos frágiles que la dicha y la prosperidad.

En este ensayo, apenas una línea de esos problemas –el enjuiciamiento de la reforma constitucional– constituye una competencia atribuida a la CCC, en el artículo 241 de la CPC 1991, incisos 1 y 2. Por eso, todo cuanto se expone aquí concierne de manera fundamental al control de constitucionalidad sobre una reforma de la Ley fundamental; aunque algunos argumentos podrían aplicarse, eventualmente, a semejante práctica que se ejerce sobre leyes, decretos o cualquier otro acto o norma que pugne con la Constitución.

La CCC dispone de una autoridad política arbitral. Una competencia de cepa constitucional y de vanguardia jurídica. En el juego de la política, su competencia para entender en el campo de la regularidad de la variación constitucional “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, en la inteligencia descrita por los incisos 1 y 2 del artículo 241, muestra el cenit de la autoridad de la CCC en el ámbito de la CPC 1991.

La CCC, por purísima decisión del poder constituyente, tiene un rol de control del discurso político de configuración reformadora de la CPC 1991. Una inteligencia de la lengua de la CPC 1991 singulariza su posición de garante de la constitucionalidad de los aspectos formales del proceso de variación. Los jueces de la CCC pueden colegir, con razón, que el sujeto político por antonomasia, la ciudadanía que integra el pueblo representada por sus asambleístas constituyentes, le confirió una competencia eminente: proteger a la Ley fundamental en el proceso de variación por vicios de forma (de “procedimiento en su formación”).

Esa práctica distinguida, el control de constitucionalidad de la enmienda en cuanto a su procedimiento, se incubaba en una facultad del órgano, la CCC. Tal competencia debe ser

ameritada con ajustada prudencia. La lengua de la CPC 1991 es bien parca al conferir esta competencia trascendente a la autoridad de la CCC. ¿Cómo pensar e individualizar un vicio en el procedimiento de formación? Con rigor, ¿cómo determinar el ámbito estricto de la autoridad de la CCC? Hay un solo camino para no convertirse en un “pasajero errante”: considerar que el vicio en el procedimiento de formación debe tratarse de una “patología manifiesta”<sup>27</sup>, fruto de un escrutinio riguroso y sometido a pruebas contestes. Hay vicio siempre que provenga de una fuente evidente, manifiesta e insospechada. Nunca se debería juzgar un vicio no manifiesto, que no sea de comprobación concluyente.

La autoridad jurisdiccional de la CCC, en el caso del enjuiciamiento del procedimiento de una reforma, siempre afrontará hipótesis altamente conflictivas. Muy pocas Constituciones en el Derecho comparado han dispuesto recorrer ese camino. La CPC 1991 es un ejemplo normativo en ese sentido.

A la CCC, por lo tanto, le corresponde administrar su arbitrio, en la zona de conflicto poseída por un vicio en el procedimiento de formación de una reforma, con prudencia, y rescatar a la Ley fundamental siempre que la patología –repito– sea manifiesta. Es cierto, mis ideas no son otra cosa que una interpretación. Pero cualquier otra que amplíe sus límites más allá de la naturaleza manifiesta mostrará, progresivamente, su fragilidad estructural, al no compadecerse con la atribución de los incisos 1 y 2 (“precisos y estrictos”) del citado artículo 241.

La CCC es un árbitro. Pero la lengua de la CPC 1991 no lo ha convertido en un árbitro supremo que podría ubicarse por encima de su propia normatividad instituyente. Disiento con la decisión adoptada por la “mayoría” en “la sentencia”. Una vez cuestionado el procedimiento de una reforma, ciertamente la variación jurídica del más alto rango quedará en una

---

<sup>27</sup> THAYER, James: “Origen y alcance de la doctrina estadounidense del Derecho constitucional” [1893], *Revista Derechos en Acción*, La Plata, trad. Mariano Vitetta n° 7, 2018, p. 110.

encrucijada bien compleja. ¿Cómo encontrar un proceso para el enjuiciamiento de la reforma que deje a todos los actores satisfechos cuando ningún proceso de toma de decisiones finales va a ser perfecto?<sup>28</sup> Es mucho más complejo todavía cuando el problema asumido comporta un límite material implícito, un vicio de competencia que trasluce la desnaturalización de un principio estructural, según confiesan los jueces que suscriben el voto de la “mayoría”.

No hay ninguna razón, escrita o no escrita, para que un conjunto de jueces impidan el ejercicio del principio de autodeterminación ciudadana, cuando es indefectible que ello deba proceder y suceder. “La sentencia” ha impedido y desnaturalizado la autodeterminación política comunitaria. Ella inhibió a los ciudadanos que integran el pueblo de la majestuosa, única e irreplicable obra de la democracia constitucional: concurrir a las urnas y liberar su expresión política. También lo inhibió de participar de actos políticos antes de una elección que nunca tuvo espacio ni tiempo.

Los jueces que asumieron la “mayoría” en “la sentencia” actuaron como árbitros supremos del proceso político. No pareciera una comprensión que se derive de la ordenación de la CPC 1991, aunque desde luego ha tenido profundas consecuencias: que los ciudadanos no hayan podido elegir. Desdejar, pues, el principio de autodeterminación política comunitaria implica no abrir paso a un derecho fundamental del ciudadano. La decisión de la CCC, con el peso de su imperativa y vertical de la coerción, cercenó el despliegue horizontal de la palabra genuina de los ciudadanos. Así, los integrantes de la CCC, que decidieron la “mayoría”, mostraron ser árbitros supremos dotados de una inherente supremacía jurisdiccional que colocó en una suerte de ocaso el derecho a la participación de los individuos en el referendo constitucional. En suma, los ciudadanos no pudieron

---

<sup>28</sup> WALDRON, Jeremy: “El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación”, en AA.VV.: *Filosofía del Derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, México D.F., UNAM, IJ, 2013, p. 179.

votar en el referendo y tampoco en una elección posterior, en el caso de que hubiesen deseado “premiar” con un tercer mandato consecutivo a Álvaro Uribe Vélez.

#### *IV.C. Falta de distinción entre poder constituyente y poderes constituidos*

---

A su vez, queda sin diferencias la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, solución extraordinaria que se sitúa fuera de la autoridad de la Constitución y de cualquier argumentación razonable, porque se admitiría una “contrarreforma” por vía jurisdiccional al manifestarse un ejercicio de poder constituyente derivado, ciertamente, no electo por el pueblo para cumplir tal alteración.

---

El emplazamiento del poder del Estado, en la cuna constitucional, autoriza la conjetura de que el Derecho que emana de la Ley fundamental es supremo, no así el poder envasado por ella. En esta génesis se postula la supremacía del Derecho constitucional, no del poder. Los dos, Constitución y poder, no deben ser supremos en un Estado. Sin la supremacía de la normatividad de la Ley fundamental, no resulta factible escalar y sostenerse dentro de la ilusión del Estado constitucional. Porque el poder, sin los límites y vínculos constitucionales, se desplazaría por cualquier territorio y en cualquier momento con contenidos voluntarios. El gobierno del Derecho por encima del gobierno de los hombres sólo se hace posible con la subordinación a la Ley fundamental.

De manera precisa, la Constitución, con sus límites y vínculos, instala un determinado proceso de ejercicio del poder, sea éste de naturaleza “constituyente” o de naturaleza “constituida”, es decir, de naturaleza “constituyente-constituido”. La razón del Derecho constitucional se debe imponer sobre la voluntad política pura del poder. En caso de no suceder, gobernarían los hombres, no el Derecho.

El poder constituyente, al que se atribuye la pura creación política de la Constitución, se distingue del poder constituido, porque la energía de aquél es excepcional. Sólo se ejerce en los momentos constituyentes –que no son cotidianos ni ordinarios–, dedicados por completo a la configuración constitucional.

Por lo tanto, el poder constituyente, siempre se desplazará por la propia textura de la lengua de la Ley fundamental. Además, el poder constituyente reformador de la CPC 1991 puede ser descrito como a cargo de un “órgano constituido” (si la reforma la lleva a cabo el Congreso), o de un “órgano constituyente derivado” (si la reforma la lleva a cabo una Asamblea), o mediante una verdadera zona mixta (si la reforma se posibilita por la vía del referendo ciudadano). Sin embargo, la reforma de la Ley fundamental colombiana de 1991 siempre será producto de un poder constituyente, el que podrá ser “constituido”, “derivado” o una conjunción de ambos. No hay más procesos para reformar la CPC 1991 que los referidos.

Por de pronto, el hecho de que el poder constituyente, ejercido en sede constituida o derivada, sea una energía completamente excepcional y reglada responde a la distinción entre razón y voluntad. Así, la Constitución, en el caso de la Ley fundamental colombiana de 1991, demuestra que, una vez instaurada de manera autorreferente su normatividad, ello provocará que las emanaciones del poder –constituyente o constituido– siempre deban ser regladas, al menos si se pretende que el Derecho constitucional sea supremo al poder, como se propone desde esta comprensión.

El lazo constitucional resulta indisponible para los ciudadanos y para los poderes. La CPC 1991 limita con vínculos supremos, decisivamente, a ciudadanos y gobernantes. La existencia fuera de la CPC 1991 puede ser existencia, pero no será existencia constitucional razonada.

En el caso de los ciudadanos, se impone el artículo 3 de la CPC 1991, según el cual “[l]a soberanía reside 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”. El significado profundo del enunciado referido implica que el pueblo, a pesar de ser el depositario de la soberanía, cuando ejerce el poder de reforma constitucional también debe actuar dentro del marco procedimental y de competencia fijado por la propia Constitución. El pueblo queda atado a la Constitución de 1991 y, por lo tanto, no puede modificar sus elementos definitorios cuando actúa en el ejercicio del poder de reforma. En otras palabras, el pueblo podría desatarse de los elementos definitorios de la CPC 1991, pero nunca podría petitionar que ese desajuste, una salida sin retorno, se empalme con una reforma de la Ley fundamental, porque ello implicaría un verdadero desbarajuste abolicionista.

Además, la regla contenida en el artículo 94 de la CPC 1991, en tanto “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”, no desvanece sino que debe ser conjugada en el ambiente propiciado por el principio capital reunido en el artículo 3. Así, pues, por imperativo del artículo 3 y su conjugación con el artículo 94, el poder ciudadano debe ser canalizado por la norma constituyente del Estado.

En el marco de la CPC 1991, el pueblo de Colombia no ha retenido o reservado derechos políticos para ser ejercidos por fuera de su significación constituyente. Ciertamente, la prevalencia del DIDH no es un mero pendón. En el orden constituyente colombiano, el pueblo y sus representantes quedan sometidos a su Ley fundamental y, en el caso de una reforma de ella, también, al límite heterónomo dispuesto por el artículo 93, en las condiciones allí expuestas.

Con la voz del Preámbulo, “[e]l pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente”, ha depositado todo su poder originario en la CPC 1991, pero ese “pueblo” deberá someterse a la lengua constituyente. Por cierto, en el

futuro –repito– podría hacer lo que le placiere con su poder ciudadano constituyente, porque nunca se desprenderá de su totalidad, y hasta ir más allá de los límites de la CPC 1991. Sin embargo, si esto último sucediere, no sería una reforma de la lengua fundamental del Estado. Con seguridad se trataría de su abolición o derogación, ya que caería la secuencia de validación formal y material predeterminada con energía absoluta por la Ley fundamental colombiana de 1991.

No hay ninguna religiosidad al defender un constitucionalismo cuyo presupuesto reside en el poder de los ciudadanos que integran el pueblo. Un poder de configuración que, al ser ejercido, habitualmente por la vía de sus representantes, puede dar una Constitución, que servirá como fundamento del Estado. Entonces, ese Derecho constituyente, de fuente ciudadana, se convierte en presupuesto del Estado y esta asociación de ciudadanos, en la garante de la democracia.

Desde luego, los servidores que ejercen las diferentes ramas del Poder público en Colombia también son ciudadanos. Un servidor público no es una clase de ciudadanía especial; sólo ha sido distinguida para cumplir con los mandatos constitucionales. Así como los ciudadanos del pueblo se someten a la CPC 1991, la misma lengua instituyente debe someter el itinerario de la competencia específica de cada uno de los miles de servidores públicos. No hay servidores públicos por encima de la CPC 1991; si los hubiere, la Ley dejaría de ser fundamental y suprema.

En el artículo 113, la CPC 1991 refiere, genéricamente, que son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Tales ramas del poder deben cumplir su cometido dentro de zonas específicas de actuación constitucional. El asunto ha sido analizado en “Dos”, sección I. Deseo recordar, ahora, que allí donde el servidor público carezca de competencia instituida por la Constitución del Estado y ejerza un poder no reglado constitucionalmente, se estará en presencia de “pura voluntad, liberada e indisciplinada”, que puede ejercer coerción, pero no podrá peticionar su naturaleza de Derecho constitucional.

Al proscribirse la razón de la lengua instituyente del Estado, los dictados de su Constitución, se origina un camino incierto. Todos los servidores públicos deben cumplir sus tareas constitucionales, dentro del ámbito de la CPC 1991, en el campo normativo de competencias delineado para cada uno de ellos.

Así, como los ciudadanos no deben ejercer su poder fuera de la lengua de la CPC 1991, la misma condición se impone sobre los servidores públicos. Ninguna rama del poder del Estado debería considerarse por encima del Derecho que establece la CPC 1991. Insisto en que no deben existir poderes supremos sobre la supremacía de aquella Ley fundamental.

La “mayoría” vislumbrada por los jueces de “la sentencia” consideró disponer de una competencia jurisdiccional. Ahora bien, esa competencia no resulta atribuida por la CPC 1991, en las condiciones expuestas por esos mismos magistrados. De este modo, la reforma constitucional que se pretendía concretar fue impedida por imperativo jurisdiccional expresado por una mayoría de jueces de la CCC. Así, “la sentencia” se convierte en una verdadera contrarreforma: realiza una “actuación contraria a una reforma anterior” que se postulaba.

La contrarreforma contenida en “la sentencia”, por mayoría de jueces de la CCC, produjo dos desprogramaciones: una, la sincera posibilidad de una reforma constitucional; otra, un ejercicio de poderes constitucionales no reglados de manera explícita. En “la sentencia”, los jueces que conformaron la mayoría consideraron que el mundo de la CPC 1991 se salía sus goznes. Sin discriminaciones ni azares, fijaron su posición, que se proyecta en el ámbito de una asignación de competencias no dispuestas expresamente por la Ley fundamental de 1991.

Según ordena el artículo 239 de la CPC 1991, los jueces de la CCC no son electos de manera directa por el pueblo<sup>29</sup>. Tal procedimiento de designación no es, en sí mismo, una fuente

---

<sup>29</sup> “Art. 239: La Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

de deslegitimación. Sin embargo, pese a no ser elegidos directamente por el pueblo, han ejercido un poder constituyente, al contemplar una competencia de la CCC que no fue dispuesta por la CPC 1991.

Concluyo este punto no sin antes plantear una inquietud respecto de la contrarreforma por vía jurisdiccional que supuso la sentencia: "... ¿el Derecho de los jueces quién lo puede modificar? Si nadie lo puede modificar, excepto otros jueces, significa que el poder de los jueces se encuentra por encima del Derecho..."<sup>30</sup>. ¿Jueces más supremos que la CPC 1991?

#### *IV.D. Limitar el poder de los jueces*

---

Antes que pensar en las limitaciones al poder jurídico ciudadano para generar reglas jurídicas de la más alta estirpe, ¿no correspondería limitar el poder de los jueces?

---

El Derecho constitucional es un objeto de altísima tecnología social. No es eterno. Sus piezas, inacabadas por naturaleza, pueden ser reformadas en cualquier momento constituyente, gracias a un protocolo instituido para su variación. Los ciudadanos del pueblo de un Estado, al establecer la Constitución por la vía de la representación, deciden, como en el caso de Colombia, que el poder ciudadano constituyente ha de quedar institucionalizado en el propio orden jurídico que al nacer lo cobija en sus entrañas para su desarrollo.

Así, la Constitución, el cuarto elemento del Estado, puede convertirse en la pieza capital para favorecer la existencia de

---

"Los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado".

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto: "Carta de Norberto Bobbio a Nicola Matteucci" [Breuil, 25/7/1963], trad. Vannesa Alejandra Pérez Rosales et al., *Revista Derechos en Acción*, n° 3, La Plata, 2017, p. 327.

los ciudadanos, el primero de los elementos y el fundamento comprensible de todo cuanto existe en cualquier comunidad.

La existencia humana, aplicable a la existencia individuada por los ciudadanos en la comunidad, no tiene misterios: es una existencia con conocimientos y aplicaciones de límites. Sin una conciliación de los límites, no hay reconocimiento del otro. Sin religiosidad por el respeto del otro ser humano, no hay constitucionalidad ni Estado democrático.

Por eso, la Constitución impone límites a los ciudadanos y a los servidores públicos. El constitucionalismo, como autoridad que disciplina todos los comportamientos en una comunidad, es una tarea que, en una sociedad abierta, incluye a todos; los jueces son uno de los sujetos de ese cuantificador universal (“todos”) determinado para la realización de la Constitución<sup>31</sup>.

El paradigma de una sociedad abierta, en la que cada ciudadano pueda adoptar con igual libertad sus decisiones personales, conduce a esta conclusión: o todos realizan el Derecho constitucional, o el Derecho constitucional es simplemente una nueva forma de dominación; en este caso, perpetrada por una aristocracia dueña de cierto saber, no elegida directamente por los ciudadanos que integran el pueblo, cuya sabiduría nunca podrá ser puesta a prueba definitiva. La referencia alude al gobierno de los jueces.

La tarea de interpretar, incluso dentro del paradigma de realización que exige el control de constitucionalidad, instituye la sujeción del juez al Derecho que surge de la Ley fundamental. La búsqueda de la decisión en un caso siempre comporta espacios de libertad del magistrado, pero esto no establece ni mucho menos debería autorizar que esa decisión pueda ser el

---

<sup>31</sup> Peter Häberle enseña que “La Constitución...es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas” HÄBERLE, Peter: “La Constitución como cultura”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 6, Madrid, CEPC, 2002, pp. 177-198.

fruto de un espacio de discrecionalidad insumiso sin guardar correspondencia o comprobación con el orden jurídico.

El intérprete debe decidir el significado del Derecho constituyente puesto en el mundo, pero no debería configurar ese Derecho, porque carece de competencia para ello. Una tarea es configurar, otra realizar. Del mismo modo que una tarea es producir y otra aplicar. En sintonía semejante, no es lo mismo crear que interpretar. La interpretación constituye una tarea cognoscitiva del Derecho constituyente; no debería comportar ni su creación ni su producción ni su libre configuración. El objeto de la interpretación ha sido colocado, mundanamente, por el poder constituyente. Ése es el límite, razón por la cual no debería esperarse que el intérprete, en lugar de realizar el objeto, se ocupase de producirlo, en actos de libre disposición y voluntad.

El intérprete del Derecho constitucional, en el caso la CCC, debe conocer el asunto y, para hacerlo, debe adoptar decisiones significativas, las que siempre han de ser fundadas. No obstante, esa tarea cognoscitiva del juez constitucional –repito: auspiciada por un campo de libertad de actuación, porque no se espera que sea un autómatas exento de complicaciones devenidas de la indeterminación de la lengua constituyente del Estado– no debería generar un acto de discrecionalidad libérrima sobre el Derecho. Estos últimos actos, cuya naturaleza es de franca ponderación política, en lugar de “realizar el Derecho” pueden llegar a “ignorar” las normas propiamente aplicables a la subsunción exigida, u originar el indeseado hecho de que se “puedan crear”<sup>32</sup> otras que no figurasen, ni capitalizadas en el orden jurídico del Estado, ni éste mostrase autorización expresa para que ello sucediere.

La jurisdicción constitucional se debe encontrar completamente ligada a la Ley fundamental. Como ya he señalado, frente a un caso constitucional existe la probabilidad de que exista más

---

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 48.

de una respuesta. La concluyente debería ser la que ofrezca el mayor grado de verdad por su conformidad con la composición de la lengua fundamental. Para ello, por cierto, el juez constitucional enfrentará complicaciones derivadas de la semántica de la Ley fundamental, pero su espacio de discrecionalidad, aunque razonable, jamás podría culminar con un “poder del juez” que se convierte en un poder “creativo”. Ello equivaldría a un “poder de disposición”<sup>33</sup>, reñido por completo con el sacramento establecido por la regla sobre la distinción de las funciones del Estado. Cuando el juez constitucional deja de lado la tarea de subsunción jurídica, discrecional y razonable, y se pone en marcha el denominado “poder de disposición jurídica”, comienza un proceso de deterioro de la regla de distinción de las funciones del Estado que, además de lesionar la separación de poderes, debilita la legitimación de la magistratura, porque se escandaliza la regla sobre la subordinación del juez a la Ley fundamental.

El juez constitucional, dentro del marco de su estricta e irrenunciable sujeción a la Ley fundamental, no debería ampliar su discrecionalidad de modo libérrimo. Esto ocurre, acaso, si el magistrado concurre a la elaboración de un paradigma contrario a su estatuto y, así, crea reglas sin competencia para ejercerlo o ignora las aplicables al caso y que sí deberían ser objeto de realización.

La Ley fundamental establece un programa esencialmente normativo. Del desarrollo de su normatividad pende la ordenación, imprecisa, parcial e imperfecta, de las existencias individuales en la comunidad. La CPC 1991, como toda Ley fundamental, contiene límites precisos que vinculan de modo estricto la actuación de cada uno de los poderes del Estado. Sin competencias restringidas y sin zonas de reserva para las ramas del poder público, no hay Estado constitucional. Sin Estado constitucional será muy difícil pensar en la democracia como

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*, p. 49.

forma de conducción austera o de don político sobrio que guíe la existencia de las personas en la sociedad.

La vulneración de esos límites determinados por la Ley fundamental, verdaderos y singulares postes que intentan sostener su pura normatividad y hacerla creíble, conllevará, de manera inexorable, la caída de la regla sobre la subordinación; en particular, en cuanto ella intenta instituir la jerarquía de las fuentes, con la CPC 1991 en la cima del orden jurídico.

El juez constitucional no se encuentra autorizado para inventar reglas o principios constitucionales, porque, concretamente, hay un límite. Repárese, por de pronto, que en el artículo 241 de la CPC 1991, en sus incisos 1 y 2 se encuentra la respuesta. El verbo típico que ha de conducir la tarea del juez constitucional es “decidir”. Con sinceridad, en el ámbito semántico de dicho verbo, resulta muy complejo incluir, con “carta de nacimiento”, que la doctrina de la sustitución quedase abarcada dentro del “decidir” de un juez. Quizá se tratara de una decisión impropia que, al quedar caracterizada como una tarea de disposición, no encontrara anclaje en la CPC 1991, porque subvierte la jerarquía de las fuentes, al convertir a la CCC en poder constituyente.

La doctrina de la sustitución, tal como se expresa por la mayoría de los jueces en “la sentencia”, configura una verdadera y propia “invención normativa”<sup>34</sup>. Por vía de la creación pretoriana, quizá fundado en el hecho de pensar que las reglas constitucionales no sean “rígidamente vinculantes, a las que se encuentra sometida la jurisdicción”<sup>35</sup>, cuando en rigor son indisponibles, se habilita una competencia de la CCC para decidir en el asunto y que no surge explícita del léxico constituyente.

La doctrina de la sustitución, sin dudas, ofrece pergaminos indisimulables y un destino encomiable. También sus fines, desde una comprensión teórica, puedan ser plausibles. No obstante, no hay en la CPC 1991 un punto para apoyarla, y menos todavía

---

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p. 40.

<sup>35</sup> *Ibíd.*, p. 40.

para justificar su itinerario jurisdiccional, en especial, cuando cancela la posibilidad de que se ejerza el poder ciudadano constituyente, tal como lo hizo “la sentencia”.

La regla sobre la subordinación sujeta al juez a la Ley fundamental, mientras que la regla sobre la distinción determina los límites de su poder jurisdiccional. Por eso, las invenciones normativas que se ejerzan más allá de los límites de la prudente discrecionalidad del juez no podrían dejar de exhibirse en contraste con la Ley fundamental. La ampliación de los límites determinados por la CPC 1991 para el juez constitucional, cuando se produce en el espacio de la propia discrecionalidad jurisdiccional, no favorece la normatividad de la Ley fundamental, ni asegura su mantenimiento. Además, da lugar a un nuevo conflicto: la desnaturalización de la legitimación del magistrado.

“La sentencia” no favorece el ideal regulativo de la normatividad, porque promueve una lengua más allá de los límites determinados y guardados por la CPC 1991 para la institución de la competencia de la CCC. La discrecionalidad de los jueces, necesaria para conocer en todo asunto en que intervengan, nunca debería alcanzar el mismo ámbito que tiene la discrecionalidad política cuando resulta ejercida por el poder constituyente reformador. En el mismo momento en que los jueces dejan de subsumir y traspasan la discreción habilitada por la CPC 1991 para su encomienda constitucional, emprenden un poder de disposición sobre las reglas constitucionales. Eso provoca “la sentencia” sin indulgencia justificada.

#### *IV.E. Acerca del procedimiento de reforma constitucional*

---

La CPC 1991 ha confiado a los jueces de la CCC o al Congreso el deber de determinar la naturaleza, oportunidad y contenido de las enmiendas.

---

Toda Ley fundamental de un Estado reglamenta un propio universo jurídico, incluso, su programa para el cambio

protocolizado. Actualmente, se podría afirmar que casi no existen Constituciones en el mundo que no engloben, en su seno, la descripción del proceso de su propia reforma en su propio texto. El alcance de las enmiendas de la Ley fundamental se decide en los momentos constituyentes. La naturaleza y la entidad del momento constituyente se inserta en la Constitución. A su vez, la posibilidad de una reforma parcial o de una reforma total de la Ley fundamental determina el contenido del cambio jurídico protocolizado.

Hay un único proceso para reformar cualquier Constitución: el modelo para el cambio instalado, de manera autorreferente, en su propia lengua. Fuera del protocolo determinado para el cambio de la Ley fundamental, no hay reforma constitucional posible. La subordinación que ha de generar la Ley fundamental al Estado significa que, si acaso se decidiera no seguir la juridicidad determinada para la reforma, dicho abandono eventual del protocolo, aunque parcial, jamás justificará una variación, porque se habrá provocado la ruptura de la secuencia de validación formal y material.

Además, la oportunidad para llevar adelante una reforma constitucional siempre será una decisión política. Esto es así porque la configuración constitucional ha de residir en la ciudadanía, quien la ejercerá, en general, por la vía de sus representantes, quienes a su vez deberán ser elegidos en comicios populares, auténticos y transparentes.

En pleno siglo XXI, aunque la Constitución deberá ser siempre comprendida como un bien colectivo de las generaciones de ciudadanos vivos, se conoce con plenitud el riesgo que supone abandonar o desnaturalizar la juridicidad constituyente, muchas veces instituida por ciudadanos que ya han partido para siempre. En rigor, al traspasarse sus límites, desaparece o se pone en crisis la magna idea del Derecho constitucional: conseguir y mantener la paz.

Recuérdese que Ley fundamental de Colombia de 1991 ha distinguido a la CCC con un rol trascendente en el proceso de

reforma: “sólo por vicios de procedimiento en su formación”. No tiene sentido preguntarse por las razones de haber determinado aquel rol trascendente para la CCC, porque merece cumplimiento estricto, tal como lo exige la CPC 1991. Simplemente, deseo acotar que la regulación del proceso de enjuiciamiento de una reforma constitucional, en las propias letras de una Ley fundamental colombiana, aunque no es una curiosidad en el Derecho constitucional comparado, tampoco es una decisión habitual que se ejerza en los momentos constituyentes de los Estados.

Aunque la CCC no ha de fungir como un constituyente o legislador positivo, revela su abanico de competencias como constituyente o legislador negativo. Así lo atestiguan y garantizan los artículos 241 (incs. 1 y 2) y 379 de la CPC 1991. Probablemente, en el momento constituyente originario de 1991, se haya pensado, con suficiente razón, que la existencia de límites fortalecería el proceso del constitucionalismo democrático. Dentro de ese marco, la limitación del poder de reforma, por el cuidado que a la Ley fundamental se le dispensa con el papel e intervención de la CCC para entender sobre los vicios de procedimiento en la formación del cambio, debe leerse como una regla capacitadora que podría dar mayor hondura al debate ciudadano y al político institucional.

En este contexto, sin embargo, no podrá leerse que la CCC, además, podría disponer de una aptitud de configuración positiva, dado que la CPC 1991 no le atribuye competencia jurídica para enhebrar una iniciativa política que se encamine por esa vía. La conclusión inevitable es que los límites jurisdiccionales (de la CCC) con los que se ha de enfrentar cualquier proyecto de reforma de la CPC 1991 presentan un ideario interesante en la lengua constituyente del Estado colombiano, que la singulariza en el Derecho constitucional comparado.

En todo caso, la atribución del control jurisdiccional de constitucionalidad sobre la regularidad de una reforma, en los casos de vicios en el procedimiento de formación, trae aparejada una meditación juiciosa sobre su entera y más completa razonabilidad. El veto jurisdiccional ejercido en tales instancias supone la

clausura del debate sobre la configuración de la Ley fundamental. Toda discusión sobre la palabra pública tiene un comienzo y merece la adopción de una decisión final. Se hace necesario instalar un proceso solvente como regulación del cierre del debate.

Los jueces de la CCC no son vitalicios en sus cargos, porque han de ser elegidos para períodos individuales de ocho años y no podrán ser reelegidos, según se establece en el artículo 239 de la CPC 1991. Sin embargo, sus decisiones jurisdiccionales, en el marco de un proceso de enjuiciamiento de una reforma, por regla poseen una extensa afirmación en el tiempo superior, presumiblemente, a la duración de su encomienda en el cargo constitucional.

En el apartado anterior expresé que la intervención de los jueces de la CCC resulta relevante, trascendente e interesante. Ahora bien, no sorprenderé al lector si propongo, de *constitutioe ferenda* y con el objeto de acentuar la luz hacia adelante, que esa toma de decisión final no debería ser captada sólo por el veto jurisdiccional, sino complementada con un llamado a la participación ciudadana: sí al diálogo, no al monólogo; ¡apelación a las urnas electorales, no sólo a los tribunales!

Una convocatoria abierta a la ciudadanía, a tono con el estatuto desarrollado y justificado en esta obra, aumentaría la vocación deliberativa de la democracia con nuevas acciones afirmativas, cuya información detallada en el proceso preelectoral debería ser de cumplimiento insoslayable por el gobierno del Estado. Una propuesta que recorriese la estrategia planteada haría crecer la escala del debate ciudadano y, finalmente, gozaría del respaldo de una mayoría deliberativa de ciudadanos que la apoyaren.

La participación ciudadana, como última palabra del proceso de construcción o reforma, se puede vincular con cualquier proceso de dicha naturaleza detallado, lujosamente, en la propia CPC 1991 con su actual textura. Sin embargo –repito–, el argumento deslizado –la convocatoria a la ciudadanía para que emita su palabra final como último veredicto, en un verdadero y verdadero acrecentamiento de la naturaleza dialógica de las decisiones comunitarias– sólo puede ser una fórmula ideal compatible

con una futurible redacción de la CPC 1991. Mientras ello no suceda, mi argumentación sobre el llamado a la ciudadanía para acrecentar las votaciones y aumentar el compromiso y los acuerdos comunitarios debe ser entendido como una propuesta doctrinaria, una reflexión teórica. Para no ser acusado como un iconoclasta, recuerdo aquí elocuente dogmática en apoyo de la propuesta: “En ningún sistema el poder de los tribunales puede llegar tan lejos como para salvar a un pueblo de la ruina”<sup>36</sup>.

No existe argumento suficiente que sustente que el control para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una enmienda deba residir, con exclusividad, en el poder jurisdiccional. No es racional que el proceso de construcción política, concretamente su cierre, quede a cargo de la autoridad jurisdiccional, que no es elegida en comicios directos y populares. Con este mecanismo, que atribuye la última palabra a la sede jurisdiccional, los ciudadanos son meros espectadores. La construcción de un constitucionalismo ciudadano se basa en la responsabilidad, la tolerancia y el compromiso en el marco de una sociedad abierta. Esta apertura, precisamente, es el mejor indicador de que la realización del Derecho constitucional no debe ni puede quedar, exclusivamente, a cargo de los jueces. Juzgo atractiva, sugerente y plausible la obligación de que habría de disponer siempre “todo ciudadano para exponer las nuevas ideas”<sup>37</sup> sobre el itinerario comunitario.

En los párrafos anteriores de este punto, he justificado que la CCC no dispone de iniciativa política para reformar la CPC 1991. La incompetencia señalada significa ausencia de energía positiva para motorizar una variación constituyente. No obstante, he afirmado que dispone de energía “negativa” para frenar un cambio en marcha, en tanto y en cuanto se comprendieren vicios en el procedimiento de formación de la enmienda.

---

<sup>36</sup> THAYER, James: “Origen y alcance de la doctrina estadounidense del Derecho constitucional”, ob. cit., p. 131.

<sup>37</sup> IBSEN, Henrik: *Un enemigo del pueblo*, Buenos Aires, Colihue, 2010, p. 155.

También sostengo la necesidad de que el debate sobre la configuración debería incluir –de *constitutione ferenda* y en el marco propiciado por los arts. 241, incs. 1 y 2, y 379– un llamado o una convocatoria a la ciudadanía para que disponga, con propiedad y en el ámbito de los mecanismos contemplados por la democracia participativa, el modo concluyente que se haya de adoptar sobre la decisión final.

La resolución de la “mayoría” de los jueces en “la sentencia” canceló cualquier posibilidad dialógica. Nótese que en este caso la naturaleza dialógica se encuentra acreditada por la CPC 1991 (el referendo constitucional), que los jueces por mayoría dispusieron que no se realizara. De este modo, aquellos jueces tomaron, con voz propia, la última palabra institucional y descartaron oír a la ciudadanía, cuando la normatividad de la CPC 1991 no los autorizaba a crear un ámbito de competencia para aplicar la doctrina de la sustitución. Insisto en que “la sentencia” no fue la solución apropiada para clausurar la decisión sobre la segunda reelección de un presidente en ejercicio, porque se ensayó, por un lado, una competencia no reglada por la CPC 1991 y, por otro, no se habilitó la escucha majestuosa que sí se encuentra ordenada en la CPC 1991 para las decisiones ciudadanas, las que se podrían haber volcado en las rutinas electorales.

La voz de los ciudadanos que integran el pueblo, que emana de su altísima e irreprochable investidura, constituye el fundamento del poder del Estado. Del poder de la ciudadanía emerge y se desarrollan los poderes del Estado. Debería resultar inconcebible que existiese un poder del Estado más allá de la decisión nutricia de la ciudadanía que integra su pueblo.

“La sentencia”, entre otros estados de cosas, alejó a los ciudadanos de la posibilidad de sufragar en un referendo constitucional. No había fundamentos para negar el ejercicio cabal de la democracia participativa. “La sentencia” se muestra, así, como una pieza que germina una semilla que encoge, y por eso incapacita el desarrollo de una ciudadanía plena y robusta.

## V. Comentarios finales

*Primero.* Los ciudadanos son pivotes y presupuesto del Derecho constituyente del Estado. No hay Ley fundamental sin ciudadanía. Así, un constitucionalismo con ese protagonismo se puede adjetivar como “ciudadano”. Un “constitucionalismo ciudadano” que inteligentemente comporta una inequívoca elección por el gobierno del Derecho que emana de la Ley fundamental del Estado.

*Segundo.* La Constitución intenta subordinar a la totalidad de los andamios del Estado. Una de las garantías más fértiles para guardar la supremacía de la Ley fundamental es la del control de constitucionalidad. Un juicio de conformidad con el parámetro objetivado en la Ley fundamental.

*Tercero.* La inconstitucionalidad configura un problema complejo. Frente a la naturaleza genérica, abstracta, vaga e indeterminada de muchas previsiones contenidas en la lengua constituyente del Estado, un problema sobre la regularidad pareciera que podría admitir más de una respuesta con el estatus anunciado y propiciado. Queda descartado, pues, que exista una respuesta correcta para toda cuestión constitucional. Precisamente, por esas propiedades, fue elegida “la sentencia”.

*Cuarto.* No es usual que las Constituciones dispongan en su textura el enjuiciamiento de la regularidad del proceso de reforma constitucional.

*Quinto.* La CPC 1991 insinúa, sin dudar, los “vicios de procedimiento” en el artículo 241 (incisos 1 y 2). Fuera del encaje dispuesto en el artículo 241, en sus incisos mencionados, no hay más competencia para conocer respecto de ningún otro vicio del proceso de reforma o vinculado con la convocatoria y realización de un referendo. Por las razones mencionadas, la doctrina de la sustitución de la Constitución, sin hacer mella de su valía o cotización científica, no resulta susceptible de ser guardada en la lengua de la CPC 1991, en tanto las piezas del citado dogma pretendan fulminar por inconstitucional o inexecutable un vicio

que no fuese de los catalogados en los incisos pertinentes del artículo 241. El órgano CCC carece, constitucionalmente, de una competencia explícita para cumplir el objetivo de aplicar la sofisticada doctrina de la sustitución. El Derecho de la Constitución es lo que dice la Ley fundamental. Si los jueces no actúan de conformidad con sus prescripciones, no se debería afirmar que ella dice lo que los jueces con sus sentencias dicen que es, sino que éstos no tienen razones tan valederas como verdaderas para sustentar sus juicios, cuya racionalidad viene exigida por el imperativo republicano de la forma de gobierno.

*Sexto.* Las cuestiones jurisdiccionales son políticas porque se relacionan con el sustento, la defensa o el desarrollo del orden jurídico; en particular, el enjuiciamiento del proceso de reforma, en sus aspectos formales. En efecto, al encontrarse en discusión la constitucionalidad de la variación, comporta un conflicto político. La CPC 1991 confirió a la CCC un rol destacadísimo en el proceso del constitucionalismo colombiano, y aquel órgano debe cumplir con sus resoluciones jurisdiccionales de acuerdo con el Derecho. Sin embargo, no se alcanzan a comprender los beneficios de privar a la ciudadanía de la posibilidad de expresar sus ideas en las urnas. Las elecciones de congresistas, las elecciones de asambleístas constituyentes, en fin, cualquier elección en la que intervengan los ciudadanos para votar a sus representantes políticos de modo directo es, sin dudas, “evidentemente superior como cuestión de democracia y de valores democráticos que las bases indirectas y limitadas”<sup>38</sup> de la que dispondría la legitimación democrática del poder jurisdiccional del Estado (los jueces).

La CPC 1991 autorizó a la CCC para conocer sobre la existencia de un vicio en el procedimiento de formación, pero no le dio autoridad para configurar una nueva competencia. La CCC no dispone, constitucionalmente, de poder configurador de la Ley fundamental colombiana. Me pregunto si en “la sentencia”,

---

<sup>38</sup> WALDRON, Jeremy: “El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación”, ob. cit., p. 201.

al impedirse el pronunciamiento de la ciudadanía, los magistrados que forjaron la “mayoría” de la CCC terminaron siendo más supremos que jueces.

Los jueces de la CCC que integraron la “mayoría”, con buenas intenciones y quizá hasta sin proponérselo, prefirieron que el ciudadano haya de “asistir a su propia vida”, pero consideraron “improcedente cualquier aspiración a vivirla”<sup>39</sup>.

*Séptimo.* “La sentencia” produjo una contrarreforma por conducto jurisdiccional de la CCC no autorizada expresamente por la Ley fundamental de 1991.

*Octavo.* El discurso constitucional se origina en el poder constituyente. Por de pronto, ese elemento de tecnología social existe, porque fue creado. Luego, el campo de su realización continúa de este modo: ciudadanos, autoridades, ciudadanos y autoridades, entre estas últimas, los jueces. Los jueces no son los únicos ni principales realizadores en una comunidad abierta.

*Noveno.* La lengua constitucional instituye una norma para que cada individuo pueda pensar, desarrollar y mantener, con igual libertad, su propio y soberano plan existencial. Por eso, alentar una sociedad abierta de los realizadores del sistema constitucional estimula, sin dudas, el debate público. Éste, a su vez, pone de manifiesto la participación que, al mostrar signos de cohesión, puede inducir, razonablemente, la estabilidad jurídico-constitucional, es decir, una comunidad dispuesta a vivir, a regirse por reglas, antes que en descuido o inobservancia de ellas. Pensar de este modo no es una herejía ni una esperanza fútil. Constituye afirmar que se puede vivir dentro de las cuatro esquinas que determina la norma constitucional; quizá la eficacia o el cumplimiento más o menos acabado o totalizador del Derecho constitucional signifiquen, en el futuro, un experimento crucial, en el ámbito de la imperfección natural de toda obra humana.

---

<sup>39</sup> BARICCO, Alessandro: *Seda*, Barcelona, Anagrama, 2012, p. 11.

El único camino para inaugurar y sostener una sociedad abierta puede recorrerse con la determinación y el cumplimiento de límites para ciudadanos y servidores públicos. Todo el aparato estatal, fundado por la Constitución, queda investido de limitaciones indisponibles que, en caso de ser transgredidas, harán colapsar la separación de funciones gubernativas y la subordinación del servidor público a la Constitución.

Los jueces, al ejercer sus poderes, deben conocer el asunto, subsumirlo y resolverlo dentro de los límites determinados para la desenvolvura de sus facultades gubernativas. Por caso, la discrecionalidad jurisdiccional, en el supuesto de los vicios en el procedimiento de formación de una reforma, mantiene un decidido ámbito en el artículo 241, incisos 1 y 2, de la CPC 1991. Cuando la jurisdicción actúa más allá de tal emplazamiento, independientemente de la plausibilidad de su comportamiento institucional, deberá ejercer un poder de disposición, ya sea para crear un ideal regulativo de su competencia, ya sea para dejar a un lado las normas aplicables; en cualquier supuesto, en liza con la separación de funciones gubernativas y en demérito de la fortaleza de su legitimación.

*Décimo.* El constitucionalismo ciudadano, un cultivo abnegado de la Ley fundamental, alumbra la factibilidad de una participación determinante e inclusiva de cada ser humano en la búsqueda y afirmación de una ciudadanía plena.

“La sentencia” significa un verdadero contrapeso, una especie de “gobierno de los jueces” demoledor e injustificado. Ella misma, con afán de constitucionalidad, negó y prohibió el instrumento racional y pacífico de reforma, el sufragio de los ciudadanos que integran el pueblo<sup>40</sup>, único presupuesto ontológico del Derecho constitucional. Contra la emergencia que produjo “la sentencia” ensayo esta tesis, cuyas proposiciones capitales se construyen y justifican, en todo el recorrido de este estudio, con las propias piezas de la Ley fundamental colombiana de 1991.

<sup>40</sup> V. Carta de Thomas Jefferson a Spencer Roane. 6 de setiembre de 1819; <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/98-01-02-0734> Consultado el 28/11/2018

---

# Procedimiento disciplinario en materia de empleo público en la provincia de Buenos Aires<sup>1</sup>

Disciplinary procedure in matters of public employment in the province of Buenos Aires

Procedimento disciplinar em matéria de emprego público na província de Buenos Aires

Procédure disciplinaire en matière d'emploi public dans la province de Buenos Aires

*Pablo Octavio Cabral*<sup>2</sup> | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 78-109

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e246>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>

Recibido: 17/12/2018

Aprobado: 01/02/2019

---

**Resumen:** Se abordan los procedimientos administrativos disciplinarios que se desarrollan en el ámbito de la relación de empleo público en territorio bonaerense. Estos procedimientos especiales, conocidos como sumarios administrativos que tramitan ante la propia Administración empleadora, tienen por finalidad precisar todas las circunstancias y reunir los elementos de prueba tendientes a esclarecer la comisión de irregularidades –faltas administrativas-, individualizar a los agentes responsables y proponer y aplicar sanciones. Para realizar un estudio debemos contar con un plexo normativo y para ello abordaremos el régimen provincial de empleo público regulado en la ley N° 10.430 –arts.80 a 106- y su reglamentación (Decreto 4161/96).

---

<sup>1</sup> El presente texto se redactó con base en lo expuesto en los capítulos VII y VIII de la obra; Cabral, Pablo Octavio y Schreginger, Marcelo José; *El régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

<sup>2</sup> Docente de Derecho Administrativo II, [pablooctaviocabral@yahoo.com.ar](mailto:pablooctaviocabral@yahoo.com.ar).

**Palabras claves:** Empleo público. Procedimiento administrativo. Potestad disciplinaria.

**Abstract:** The disciplinary administrative procedures that are developed within the scope of the public employment relationship in Buenos Aires territory are addressed. These special procedures, known as administrative summaries that are processed before the Employer Administration itself, are intended to specify all the circumstances and gather evidence to clarify the commission of irregularities-administrative bureaucracy-to identify the responsible agents and propose and apply sanctions To carry out a study we must have a normative plexus and for that we will address the provincial regime of public employment regulated by Law No. 10,430 -arts.80 to 106- (hereinafter LEP) and its regulations (Decree 4161/96).

**Keywords:** Public employment. Administrative Procedure. Disciplinary authority

**Resumo:** Serão abordados os procedimentos administrativos disciplinares que são desenvolvidos no âmbito da relação de emprego público no território de Buenos Aires. Esses procedimentos especiais, conhecidos como sumários administrativos que são processados na própria Administração empregadora, destinam-se a especificar todas as circunstâncias e reunir provas para esclarecer a comissão de irregularidades - faltas administrativas -, identificar os agentes responsáveis e propor e aplicar sanções Para realizar um estudo, devemos ter um plexo normativo e para isso vamos abordar o regime provincial de emprego público regulamentado na lei N° 10.430 - artigos 80 a 106 - (em diante LEP) e sua regulamentação (Decreto 4161/96).

**Palavras-chave:** Empleo público. Procedimiento administrativo. Autoridade disciplinar.

**Résumé:** Dans cet article, il est question des procédures administratives disciplinaires appliquées dans le domaine des emplois publics sur le territoire de la province de Buenos Aires. Ces procédures spéciales, connues sous l'appellation d'instructions administratives, qui sont appliquées face à la propre administration employeur, ont pour objet de préciser toutes les circonstances et de rassembler les éléments de preuve visant à éclairer la commission des irrégularités – de fautes administratives - d'identifier les agents responsables et de proposer et

appliquer des sanctions. Pour réaliser une étude, nous devons disposer d'un plexus normatif et, pour cela, nous aborderons le régime provincial de la fonction publique régi par la loi n° 10 430 -arts.80 à 106- (ci-après le LEP) et sa réglementation (décret 4161/96).

**Mot-clés:** Empleo public. Procédure administrative. Pouvoir disciplinaire.

---

## I. Introducción

En el presente documento abordaremos los *procedimientos administrativos disciplinarios* que se desarrollan en el ámbito de la relación de empleo público en territorio bonaerense. Estos procedimientos especiales, conocidos como sumarios administrativos que tramitan ante la propia Administración empleadora, tienen por finalidad precisar todas las circunstancias y reunir los elementos de prueba tendientes a esclarecer la comisión de irregularidades –faltas administrativas-, individualizar a los agentes responsables y proponer y aplicar sanciones.

Para realizar un estudio debemos contar con un plexo normativo y para ello abordaremos el régimen provincial de empleo público regulado en la ley N° 10.430 –arts.80 a 106- (en adelante LEP) y su reglamentación (Decreto 4161/96), dejando fuera la regulación normativa nacional, otros regímenes provinciales (docentes, policías, agentes penitenciarios, etc.), así como la legislación aplicable a los empleados públicos municipales (Ley 14.656, arts. 23 a 44).

## II. Contextualización. Conceptos y principios jurídicos aplicables

El procedimiento administrativo disciplinario está alcanzado por diferentes ordenamientos jurídicos con normas y principios propios que deben intervenir para regular los sumarios administrativos en forma equilibrada (derecho administrativo, derecho laboral, derecho penal, derechos humanos). De un

lado está el Estado, con su poder público que se manifiesta a través de la potestad sancionatoria (en el contexto de la relación laboral) y, en el otro una persona que presta servicios para la administración pública, con sus respectivos derechos como trabajador público (estabilidad propia, principios protectorios del trabajador, derechos laborales) y sus derechos a un debido procedimiento adjetivo (garantías procesales reconocidas constitucionalmente), en tanto ciudadano sometidos al poder punitivo de las autoridades públicas.

Explica Hutchinson que el procedimiento sancionador genérico tiene una doble finalidad, reparadora y sancionatoria, y que ejerce la potestad de la Administración de penar las extralimitaciones que cometan sus funcionarios y los particulares. Busca averiguar la realidad y extensión de la extralimitación cometida, ponderar las circunstancias que en ella concurren y aplicar las sanciones pertinentes. A partir de esta facultad sancionatoria el profesor distingue aquellos procedimientos que se incoan contra particulares –Correctivos- de los que se inician contra los propios funcionarios públicos cuando violan sus deberes –disciplinarios-. Aquí abordaremos estos últimos<sup>3</sup>.

El procedimiento sumarial en materia disciplinaria constituye herramienta administrativa (integrada por una sucesión de actos materialmente administrativos casualmente relacionados entre sí) para decidir y fundamentar una sanción a un agente y, al mismo tiempo, es un carril formal que garantiza el derecho de defensa del propio trabajador estatal, ya que tiene por objeto habilitar la sanción, previa acreditación de hechos u omisiones que pudieren constituir faltas punibles y de todas sus circunstancias. Es por ello un instrumento jurídico que satisface el interés de la Administración pública (y a través de ella, el *interés público*), garantizando al mismo tiempo los derechos fundamentales de los trabajadores estatales.

---

<sup>3</sup> Hutchinson, Tomás: *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

## II.1. La potestad sancionatoria

El Estado cuenta para poder cumplir con sus funciones constitucionales y legales con prerrogativas que le permiten desarrollarlas plenamente, llamadas potestades, que no son otra cosa que facultades de actuación nacidas como consecuencia de habilitaciones del propio ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ellas es la **potestad sancionatoria o disciplinaria**.

La facultad –en general– que la Administración tiene de aplicar sanciones a los administrados, deriva de su potestad sancionatoria, otorgada esta por el ordenamiento jurídico al Estado, en tanto se trata del titular del monopolio legal de la fuerza. La potestad es una manifestación del concepto genérico de poder jurídico, atribuido por el ordenamiento en forma previa e independiente de toda relación jurídica concreta.

Esta potestad sancionadora que posee el Estado puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo, en aplicación de penas administrativas y por el Poder Judicial en cuanto éste sentencie a los ciudadanos por violación del ordenamiento jurídico. El procedimiento disciplinario discurre en el ámbito administrativo y es ejercido por la autoridad pública hacia el interior de su estructura organizativa.

El incumplimiento por parte de los agentes estatales de los deberes y prohibiciones derivados de la relación de empleo público genera consecuencias jurídicas de carácter sancionatorio que imponen obligaciones de reparar o satisfacer el daño causado. Dentro de la responsabilidad de los agentes estatales puede distinguirse las siguientes esferas, especies o categorías:

- a) *Responsabilidad civil*, tendiente a reparar los daños de naturaleza patrimonial ocasionados a terceros por la actuación u omisión, tanto lícita como ilícita, del Estado.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Es necesario aclarar que la responsabilidad del agente puede ser independiente, concomitante o derivada de la responsabilidad del Estado cuando el deber de responder sea externo, es decir, hacia terceros afectados por el actuar administrativo. Este tipo de responsabilidad, en la esfera nacional, se encuentra regulada legislativamente en la Ley

b) *Responsabilidad penal*, que tiene por objeto punir a aquellos agentes que como autores, cómplices o instigadores incurrieren en delitos previstos en el Código Penal y sus leyes especiales, cuando su calidad de funcionario público determine o agrave la aplicación de la figura penal infringida.

c) *Responsabilidad política*, sólo puede recaer en determinados funcionarios de alto rango por motivos previstos en la Constitución y tiene por finalidad –por un lado– su remoción y –además– quitar cierta inmunidad permitiendo su enjuiciamiento por delitos cometidos o por los daños que hubiere ocasionado.

d) *Responsabilidad administrativa* es la que nace frente a las irregularidades cometidas por quienes administran o custodian bienes y se tramita mediante los denominados **juicios de cuentas** (interviene el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Bs. As. y se evalúa la rendición obligatoria que realizan funcionarios que administran dinero público provincial o municipal) y **juicios de responsabilidad** (interviene el Tribunal de Cuentas y la Contaduría General de la Provincia y procede cuando existe daño al erario público, tanto por culpa como por dolo del agente).

e) *Responsabilidad disciplinaria*, que procede en el ámbito interno de la organización y es propia y relativa a la relación de empleo público y puede comprender conductas realizadas tanto dentro como fuera del servicio, cuando han sido previstas por la ley, como las lesivas de la imagen o del buen funcionamiento del servicio. Dicha responsabilidad tiene por objeto inmediato proteger el buen funcionamiento

---

de Responsabilidad del Estado Nacional (Nº 26.944) en su artículo 9 que dispone: “La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen. La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años. La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización”.

de la Administración Pública, pero como fin trascendente, la necesaria satisfacción del bien público por parte del Estado.

Corresponde destacar que estas distintas modalidades de responsabilizar a los agentes estatales no se excluyen entres sí, pudiendo acumularse, sin por ello violentar el principio *non bis in ídem*, con fundamento en que en cada una de las esferas se protegen bienes jurídicos independientes.

## ***II.2. La relación de empleo público, la estabilidad y los principios protectorios de los trabajadores***

Según la doctrina mayoritaria, el *derecho disciplinario administrativo* tiene por objeto sancionar aquellas conductas del agente público que lesionan el buen funcionamiento de la Administración Pública y que se originan en la inobservancia de los deberes inherentes a su calidad de agente público o en la comisión de acciones expresamente prohibidas por la normativa aplicable.

Por tratarse del ejercicio de una potestad estatal en el marco de una relación especial de trabajo, es necesario realizar una revisión de los conceptos centrales de la vinculación laboral conocida como *empleo público*.

La relación de empleo público puede ser definida como aquel contrato administrativo mediante el cual una persona física se compromete a la realización de una serie de tareas, previamente reglamentadas, por las cuales el Estado asume el pago de una suma de dinero en forma periódica, y con un conjunto más amplios de derechos. La relación discurre entre derechos, deberes, obligaciones y potestades públicas, regidos todos ellos por el derecho público.<sup>5</sup>

El trabajador del Estado, al igual que la persona que trabaja en el sector privado, se encuentra alcanzado por los principios

---

<sup>5</sup> Ampliar en Cabral, Pablo Octavio y Schreginger, Marcelo José; *El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009", Capítulo II, Naturaleza jurídica y principios de la relación de empleo público.

protectorios que se originaron en el Derecho laboral y que hoy se encuentran- en su mayoría- incorporados al bloque de constitucionalidad (art. 14 bis CN y tratados de derechos humanos). Un lugar especial en el abanico de derechos reconocidos a los agentes públicos lo ocupa la Estabilidad en el cargo. La Constitución Nacional dispone expresamente que las leyes aseguran la estabilidad del empleado público (Art. 14 bis) y la Carta provincial establece que la carrera administrativa deberá ser legislado con base en la estabilidad del trabajador estatal (Art. 103, inc. 12 Const. Pcial.).

El paradigma que está presente en la doctrina administrativista más clásica es la primacía del Estado por sobre los particulares y la efectiva presencia del real poder estatal en sus relaciones con los ciudadanos, fundado en la superioridad del interés público por sobre los intereses individuales.

Esta desigualdad que inclina la balanza hacia el poder estatal también está presente en la relación del Estado con sus empleados. Los poderes y las prerrogativas del Estado, como defensor del interés general, deben primar, según esta concepción, por sobre los intereses particulares de los trabajadores que se desempeñan dentro de su órbita.

La paulatina incorporación de los derechos sindicales a los trabajadores estatales, junto con la constitucionalidad de los derechos sociales fundamentales, puso de relieve la contradicción entre los intereses sectoriales de los empleados públicos y esta concepción administrativista de la relación jurídica que los une con el Estado empleador y que sostiene que el empleo público satisface las necesidades colectivas por lo que, al organizarlo el Estado con fines de interés público justifica desconocer muchos derechos de los trabajadores públicos.

Entiendo que esto no es así, ya que de una correcta hermenéutica jurídica no se desprende tal oposición, sino por el contrario, existe una armonía que permite la coexistencia pacífica de las prerrogativas estatales, el interés público y los principios constitucionales y legales protectorios del derecho laboral.

### II.3. Garantías procesales

El procedimiento administrativo, entendido como la sucesión legalmente ordenada de hechos y actos, tendientes al nacimiento de una decisión final materialmente administrativa, se encuentra alcanzado en nuestro país por las garantías constitucionales de debido proceso, tutela procesal efectiva. El procedimiento disciplinario aplicable a la relación de empleo público provincial también se encuentra amparado por dichas garantías.

Así, el procedimiento disciplinario tiene como límite el derecho a la tutela judicial efectiva, postulado que irrumpió con toda su fuerza no sólo el ámbito judicial, sino también en el del procedimiento administrativo –como garantía de tutela efectiva–.

Constitucionalmente a nivel nacional surge dicha protección del preámbulo de la Carta nacional (“afianzar la justicia”) y de las garantías del debido proceso y defensa en juicio de su artículo 18. El gran cambio normativo se produjo con la incorporación de los Tratados Internacionales de protección de derechos humanos efectuada en el artículo 75, inciso 55 de la Constitución Nacional.

Concretamente ha sido muy importante el impacto derivado de la aplicación de los artículo 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana con sede en San José de Costa Rica, y la posterior recepción en nuestra sede nacional por un criterio interpretativo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>6</sup>, seguido por los tribunales inferiores del ámbito federal y de las provincias<sup>7</sup>.

Con fecha 3 de mayo de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó Sentencia en el caso **Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala**, sometiendo un procedimiento

<sup>6</sup> CSJN, Causa “Giroldi”, sent. de 7-IV-1995.

<sup>7</sup> Por ejemplo, la SCBA interpretó la garantía del debido proceso legal de acuerdo con los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. SCBA, causa B. 56.626, “Suárez”, sent. de 17-XII-2003; causa A.68.782, “Colegio de Bioquímicos de la PBA”, sent. de 22-XII-2008.

disciplinario –desarrollado en el marco de una relación de empleo público- al test de cumplimiento de las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Allí el Tribunal declaró responsable internacionalmente al Estado guatemalteco por la violación del: 1) derecho a conocer el fundamento de la acusación, contenido en el artículo 8.2.b de la Convención Americana; 2) derecho a la defensa, contenido en el artículo 8.2.c de la Convención Americana, y 3) deber de motivación y al principio de legalidad, contenidos en los artículos 8.1 y 9 de la Convención Americana.

Dijo la Corte que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal y que las garantías mínimas expresadas en el art. 8.2. de la CADH deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. Analizó el Tribunal el derecho del sumariado administrativamente a tener una comunicación previa y detallada de la acusación y derecho a la defensa, el deber de motivación y principio de legalidad

Recordó que el principio de *presunción de inocencia* constituye un fundamento de las garantías judiciales, y que dichas garantías deben observarse en los procedimientos en que se determinen o se afecten derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Finalmente, en relación al *principio de legalidad*, la reiteró que el artículo 9 de la CADH es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, indicando que las sanciones administrativas son una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a las sanciones penales. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas

se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma sancionatoria exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. En concordancia con lo anterior, la Corte considera que el principio de legalidad también tiene vigencia en materia disciplinaria, no obstante su alcance depende considerablemente de la materia regulada. La precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una está destinada a resolver.

Este principio rector del procedimiento disciplinario se encuentra explicitado en el artículo 80 de la ley de empleo público –en adelante LEP-<sup>8</sup> que consagra la vigencia plena del principio *nullum crimen sine lege previa* respecto de los agentes de la Administración Pública provincial, ya que proscribire tanto la aplicación de sanciones disciplinarias como cualquier forma de extinción del vínculo por causas y procedimientos que no hayan sido determinados por la ley general de empleo público y su reglamentación.

El principio de legalidad, como vimos consagrado expresamente en la ley de empleo público, exige:

- a) La atribución legal de la potestad disciplinaria;
- b) La determinación de los tipos sancionables;
- c) La determinación de las sanciones aplicables.

Esta consagración legislativa impide la apreciación como faltas de conductas que no hayan sido impuestas previamente

---

<sup>8</sup> **Art. 80 de la ley 10.430:** “Los agentes de la Administración Pública de la Provincia no podrán ser objeto de sanciones disciplinarias ni privados de su empleo, sino por las causas y procedimientos determinados en esta ley y su reglamentación. **Art. 80, Decreto 4161/96:** “La acción disciplinaria es el ejercicio del poder disciplinario que tiene la Administración Pública para sancionar a sus agentes por los hechos u omisiones que constituyan faltas administrativas”

como deberes o prohibiciones, así como tampoco aplicar otras sanciones que las previstas por la ley. El respeto al principio de legalidad para aplicar las sanciones determinadas en la ley es riguroso, no pudiendo apartarse de las especies previstas en dicho principio.

### **III. El procedimiento disciplinario en la provincia de Buenos Aries**

#### ***III.1. Regulación constitucional y legal***

La SCBA sintetiza la constitucionalización de la relación de empleo público en nuestra provincia reconociendo ciertos principios o bases fundamentales que surgen del ordenamiento constitucional<sup>9</sup>:

- 1- La *estabilidad en el cargo* (arts. 14 bis, CN; 103 inc. 12 Const. Pcial.).
- 2- El derecho a la *carrera administrativa* (art. 103 inc. 12 Const. Pcial).
- 3- La *idoneidad* para el acceso a la función (arts. 16 CN; 103, inc. 12 Const. Pcial.)
- 4- Régimen de *incompatibilidades* (arts. 53 y 103, inc. 12 Const. Pcial.)
- 5- *Negociación colectiva* (art. 39, inciso 4 Const. Pcial).
- 6- Respecto del *Procedimiento Disciplinario*; la *tutela efectiva* y el *debido proceso* frente al ejercicio de la potestad sancionatoria (arts. 18 CN y 15 Const. Pcial)

Legalmente, el procedimiento disciplinario se encuentra regido por normas específicas dentro de la ley de empleo público –Nº 10.430- (Régimen disciplinario, arts. 80 a 106 y su reglamentación por Decreto 4161/1996), que para aquellas cuestiones no normadas remite supletoriamente al decreto

---

<sup>9</sup> SCBA, causa I 2021, "Municipalidad de San Isidro c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad de ley 11.757", sent. de 27-VIII-2014.

ley de procedimiento administrativo –N° 7647/70– y a la ley procedimientos penales provincial.

### ***III.2. Presupuestos y sanciones disciplinarias***

#### ***III.2.1. Presupuestos***

Los **presupuestos** para dar inicio a un procedimiento disciplinario en materia de empleo público es necesario que la Administración tome conocimiento respecto de: **1)** la existencia de una falta administrativa, **2)** que sea imputable al agente o empleado y **3)** que su actuar sea culposo o doloso. Además, es exigencia legal que el poder disciplinario no se encuentre extinguido por fallecimiento del responsable, desvinculación del agente o prescripción (**4**).

#### **1) Falta administrativa**

El principal presupuesto, como se pudo observar al desarrollar el principio de legalidad, es la presunta existencia de una ***falta administrativa***, entendida como *todo acto u omisión del funcionario, que viole deberes funcionales*. Como lo dice expresamente la reglamentación del artículo 80 de la LEP, la acción disciplinaria es el ejercicio del poder disciplinario que tiene la Administración Pública para sancionar a sus agentes por los hechos u omisiones que constituyan *faltas administrativas*.

La falta disciplinaria es el presupuesto de hecho necesario para aplicar la sanción, ya que la configuración de la falta determina la posibilidad de actuar o ejercer la potestad disciplinaria; en consecuencia, para hacer efectiva la sanción, el agente necesariamente tiene que haber cometido una falta.

La falta siempre consiste en una violación de un deber o prohibición legítimamente impuesto, éste puede ser relativo a la función o constituir una conducta exigida fuera de sus funciones por ser considerada negativa para el funcionamiento de la Administración.

## 2) Imputación

La conducta –tanto activa como omisiva- debe ser atribuible en su autoría al agente que será imputado en el procedimiento disciplinario como realizador de la falta administrativa prevista en la norma aplicable.

## 3) Culpa o dolo

La posibilidad de sancionar a un trabajador estatal exige que la conducta que se le atribuye haya sido adoptada con culpa o dolo.

Podemos acercarnos conceptualmente a la **culpa** entendiéndola como la omisión de aquellas diligencias o acciones, positivas o negativas, que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, ya para dar cumplimiento a un comportamiento debido, ya para prever o evitar un daño (arts. 512, Cód. Civil -hoy derogado- y 1724, Código Civil y Comercial).

El **dolo**, por su parte, supone la intención de conseguir el resultado reprochado por el ordenamiento jurídico manifestado en la conducta del autor que persigue el resultado previsto en la prohibición. La legislación civil regula el dolo como vicio de la voluntad, entendiendo que acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación (arts. 931 y 933, Cód. Civil -hoy derogado- y 271, Código Civil y Comercial).

## 4) Extinción del poder disciplinario de la Administración

La potestad disciplinaria en materia sancionatoria debe estar presente como exigencia previa al inicio y sustanciación del procedimiento sumarial.

Tal facultad se extingue, según lo dispone expresamente la LEP en sus artículos 90 y 91 ante:

- a) El **fallecimiento** del responsable.
- b) La **desvinculación del agente** con la administración, salvo que la sanción pueda modificar las causas del cese.
- c) La **prescripción** (1 año para sanciones correctivas y 3 años para sanciones expulsivas).
- d) Si la falta constituye delito, el plazo de prescripción de la acción disciplinaria será la establecida en el código penal.

La ley delega en la reglamentación el establecimiento de las causales de interrupción y suspensión de la prescripción.<sup>10</sup>

### *III.2.2. Sanciones disciplinarias*

Las **sanciones disciplinarias**, en tanto consecuencia jurídica o castigo por haber cometido una falta, tienen como finalidad prevenir o reprimir las conductas violatorias de los deberes y prohibiciones que han sido impuestos para procurar el normal funcionamiento de la Administración o para proteger el interés público que a ella se le ha encomendado, coincidiendo en ello con la finalidad de la potestad disciplinaria por ser la consumación de ésta.

Las sanciones pueden ser clasificadas en la LEP<sup>11</sup> de la siguiente forma:

**1- Sanciones correctivas (apercibimiento y suspensión):** Son de tipo preventivo: Son de tipo preventivo y tienen por objeto advertir al agente en forma expresa o implícita del

---

<sup>10</sup> **Artículo 91 Decreto 4161/96:** "I. La comisión de una nueva falta, la orden de instrucción del sumario y los actos de procedimientos disciplinarios que tiendan a mantener el movimiento de la acción disciplinaria, interrumpen el plazo de la prescripción de la misma. También lo interrumpen las acciones presunariales. II. El proceso judicial suspende el término de la prescripción hasta su resolución definitiva y siempre que de las actuaciones administrativas no surja probada responsabilidad disciplinaria, en cuyo caso podrá dictarse resolución final, dejando establecido que la misma queda subordinada al resultado de aquél. III. El plazo de la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los responsables de la falta."

<sup>11</sup> **Artículo 81 Ley 10.430:** "Se aplicarán, en los casos que corresponda, sanciones disciplinarias de orden correctivo o expulsivo, las que a su vez respectivamente, podrán implicar apercibimiento o suspensión hasta SESENTA (60) días corridos y cesantía o exoneración."

riesgo de recibir una sanción más grave frente a un nuevo incumplimiento.

2- **Sanciones expulsivas (cesantía y exoneración):** Se caracterizan por extinguir la relación laboral.

### *III.2.3. Deberes, prohibiciones y causales de sanciones*

En el capítulo dedicado al régimen disciplinario, la LEP identifica las causales que habilitan, por un lado, la aplicación de una sanción correctiva, y por el otro los que facultan a la imposición de una sanción expulsiva, ya sea cesantía o exoneración. Veamos:

El artículo 82 indica las causales de las sanciones de apercibimiento y suspensión:

**Artículo 82.-** Serán causales para aplicar **sanciones de carácter correctivo**, las siguientes:

- a) Incumplimiento reiterado del horario fijado por las leyes y reglamentos.
- b) Inasistencias injustificadas que no excedan de diez días discontinuos en el lapso de doce meses inmediatos anteriores y siempre que no configuren abandono de servicio. La reglamentación podrá determinar los términos, forma y condiciones de las sanciones que correspondan al agente que incurra en inasistencias sin justificar.
- c) Falta de respeto a los superiores, iguales, subordinados o al público.
- d) Negligencia en el cumplimiento de sus tareas o funciones.
- e) Incumplimiento de los deberes determinados en el **artículo 78** o quebrantamiento de las prohibiciones establecidas en el **artículo 79**, salvo que por su magnitud y gravedad deban ser encuadradas bajo las figuras de cesantía o exoneración.

El artículo 83 hace lo propio con la sanción de cesantía:

**Artículo 83.-** Serán causales para aplicar **cesantías**, las siguientes:

- a) **Abandono del servicio** sin causa justificada.
- b) Faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas o **falta grave respecto** a los superiores, iguales, subordinados o al público.
- c) **Inconducta notoria.**
- d) Incumplimiento de las obligaciones determinadas en el **artículo 78** o quebrantamiento de las prohibiciones determinadas en el **artículo 79** cuando a juicio de la autoridad administrativa por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiera.
- e) Incumplimiento intencional de órdenes legal y fehacientemente impartidas.
- f) Inasistencias injustificadas reiteradas que excedan de diez días discontinuos, en los doce meses inmediatos anteriores.
- g) Concurso civil o quiebra no causal, salvo caso debidamente justificado por la autoridad administrativa.

Finalmente, en el artículo 84 de explicitan las causales correspondientes a la sanción más gravosa:

**Artículo 84.-** Son causas de **exoneración**:

- a) **Falta grave** que perjudique material o éticamente a la Administración.
- b) Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por **delito contra la administración** o **delito grave de carácter doloso** de acuerdo al Código Penal.
- c) Las previstas en las leyes especiales.
- d) Pérdida de la nacionalidad, conforme a las leyes que reglan la materia.
- e) Imposición de pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.

Como surge de los textos normativos transcritos, las sanciones correctivas y la cesantía están atadas al incumplimiento de los deberes previstos en el artículo 78 y al quebrantamiento de las prohibiciones establecidas en el artículo 79 de la LEP.

El **deber jurídico** puede ser conceptualizado como la imposición de una conducta –positiva o negativa-, fundada en razones de interés público, derivada de una norma habilitante, de un contrato o de un acto administrativo. Constituyen deberes de los agentes públicos cuando se establezcan como consecuencia de la relación de empleo público.

Así, en su **artículo 78** la LEP dispone como **deberes** de los trabajadores estatales de la provincia: prestación de servicios, obediencia, reserva, guardar secreto, cuidado del patrimonio estatal, comportamiento correcto dentro y fuera del trabajo, atención correcta a los administrados, mantenimiento de buen trato con los compañeros, conocimiento de las normas que lo rigen, capacitación, denunciar irregularidades administrativas que lleguen a su conocimiento, mantener un compromiso democrático, declarar su patrimonio, excusarse, declarar actividades laborales, declarar domicilio real, declarar en sumarios administrativos y respetar la vía jerárquica, sin perjuicio de lo que particularmente impongan las leyes, derechos, resolución y disposiciones.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> **Artículo 78: "Deberes.** Sin perjuicio de lo que particularmente impongan las leyes, decretos, resoluciones y disposiciones, los agentes deben cumplir estricta e ineludiblemente las siguientes obligaciones: a) Prestar servicios en forma regular y continua, dentro del horario general, especial o extraordinario que de acuerdo a la naturaleza y necesidad de los mismos se determine, con toda su capacidad, dedicación, contracción al trabajo y diligencia, conducentes a su mejor desempeño y a la eficiencia de la Administración Pública. b) Obedecer las órdenes de un superior jerárquico con jurisdicción y competencia cuando éstas se refieran al servicio y por actos del mismo y respondan a las determinaciones de la legislación y reglamentación vigentes. Cuestionada una orden dada por el superior jerárquico, advertirá por escrito al mismo sobre toda posible infracción que pueda acarrear su cumplimiento. Si el superior insiste por escrito, la orden se cumplirá. c) Mantener, en todo momento, la debida reserva que los asuntos del servicio requieren de acuerdo a la índole de los temas tratados. d) Cuidar los bienes del Estado, velando por la economía del material y la conservación de los elementos que fueran confiados a su custodia, utilización y examen. e) Observar, en el servicio y fuera de él, una conducta decorosa y digna, acorde con las tareas que le fueran asignadas. f) Proceder con cortesía, diligencia y ecuanimidad en el trato con el público. g) Mantener vínculos cordiales, demostrar espíritu de cooperación, solidaridad y respeto para con los demás agentes de la Administración. h) Conocer fehacientemente las reglamentaciones, disposiciones y todas aquellas normas que hacen a la operatividad y gestión de la Administración y las referidas específicamente a las tareas que desempeña. i) Cumplir los cursos de capacitación, perfeccionamiento y exámenes de competencia que se dispongan con la finalidad de mejorar el servicio. j) Dar cuenta, por la

Por su parte, las **prohibiciones** son las omisiones o abstenciones impuestas por el ordenamiento jurídico al trabajador en su relación laboral, que –a diferencia de los deberes–, tienen en general finalidad preventiva, ya sea para evitar caer en incompatibilidades o, directamente, para neutralizar conductas perjudiciales para la Administración.

El **artículo 79** de la LEP establece las siguientes **prohibiciones** a los agentes públicos provinciales; incurrir en incompatibilidades en el ejercicio de su cargo, percibir beneficios económicos no autorizados, excederse intencionalmente en su competencia, tener vínculos contractuales en forma directa o indirecta, mantener vínculos patrimoniales con contratistas estatales o fiscalizados por su dependencia, expresarse en forma negativa respecto de las autoridades administrativas o de sus actos, utilizar bienes o servicios del Estado en su provecho, practicar la usura, circular o promover suscripciones o donaciones, ejercer actividades comerciales dentro del ámbito de la Administración Pública, promover o aceptar homenajes, actuar como gestor o patrocinante en el ámbito administrativo o judicial de tareas a su cargo, realizar gestiones inherentes a la relación de empleo fuera del canal jerárquico, usar indebidamente su credencial, exigir adhesiones políticas, religiosas o sindicales a otros agentes y hacer abandono de sus tareas.<sup>13</sup>

---

vía jerárquica correspondiente a los organismos de fiscalización y control, de las irregularidades administrativas que llegaren a su conocimiento. k) Respetar las instituciones constitucionales del país, sus símbolos, su historia y sus próceres. l) Declarar bajo juramento, en la forma y tiempo que la ley respectiva y su reglamentación establezcan, los bienes que posea y toda alteración de su patrimonio. m) Excusarse de intervenir en todo aquello en que su actuación pueda originar interpretación de parcialidad. n) Declarar bajo juramento los cargos y/o actividades oficiales o privadas, computables para la jubilación, que desempeñe o haya desempeñado, como asimismo toda otra actividad lucrativa. o) Declarar y mantener actualizado su domicilio ante la repartición donde presta servicios, el que subsistirá a todos los efectos legales mientras no denuncie otro nuevo. p) Declarar en los sumarios administrativos ordenados por autoridad competente, siempre que no tuviere impedimento legal para hacerlo, así como también en las informaciones sumarias. q) Observar la vía jerárquica en toda presentación referida a actos de servicio y mientras no se hubiere dispuesto otro procedimiento”.

<sup>13</sup> **Artículo 79 “Prohibiciones.** Está prohibido a todo agente, complementariamente a lo que dispongan otras normas y reglamentaciones: a) Percibir estipendios o recompensas que

Un lugar especial ocupa en la ley las **inasistencias al trabajo**, pues establece en su artículo 85 que para aquellas faltas a cumplir sus labores que se encuentren injustificadas se disponen sanciones que van de los cinco días de suspensión hasta la cesantía. El caso más gravoso para el agente se constituye cuando incurre en tres inasistencias consecutivas, sin previo aviso, pues con la previa intimación podrá ser considerado en abandono de cargo decretándose su cesantía sin substanciación de sumario.<sup>14</sup>

---

no sean los determinados por las normas vigentes, aceptar dádivas u obsequios que se ofrezcan como retribución de actos inherentes a sus funciones o como consecuencia de ellas. b) Arrogarse atribuciones que no le correspondan. c) Ser directa o indirectamente, proveedor o contratista habitual u ocasional de la Administración Pública o dependiente o asociado de las mismas. d) Asociarse, dirigir, administrar, asesorar, patrocinar o representar a personas físicas o jurídicas, que cuestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración Provincial, salvo que las mismas cumplan un fin social o de bien público y que no se manifiesten incompatibilidades entre las funciones o tareas asignadas en la Administración y las desarrolladas en tales entidades, ni puedan presumirse situaciones de favoritismo o arbitrariedad en el otorgamiento de tales beneficios, así como también, mantener relación de dependencia con entes directamente fiscalizados por la repartición a que pertenezca. e) Referirse en forma evidentemente despectiva por la prensa o por cualquier otro medio, a las autoridades o a los actos de ellas emanados, pudiendo, sin embargo, en trabajos firmados o de evidente autoría, criticarlos desde un punto de vista doctrinario o de la organización del servicio. f) Retirar y/o utilizar, con fines particulares, los bienes del Estado y los documentos de las reparticiones públicas, así como también los servicios del personal a su orden dentro del horario de trabajo que el mismo tenga fijado. g) Practicar la usura en cualquiera de sus formas. h) Hacer circular o promover listas de suscripciones o donaciones dentro de la repartición, salvo que las mismas cumplan un fin social, en cuyo caso deberá mediar la correspondiente autorización superior. i) Vender todo tipo de artículos o ejercer cualquier actividad comercial en el ámbito de la Administración Pública. j) Promover o aceptar homenajes y todo otro acto que implique sumisión u obsecuencia a los superiores jerárquicos. k) Patrocinar trámites o gestiones administrativas o judiciales referentes a asuntos de terceros que se encuentren o no oficialmente a su cargo. l) Realizar gestiones, por conducto de personas extrañas a las que jerárquicamente corresponda, en todo lo relacionado con los derechos y obligaciones establecidos en este régimen. m) Hacer uso de las credenciales otorgadas por el servicio para autenticar su calidad de agente público en forma indebida o para fines ajenos a sus funciones. n) Exigir adhesiones políticas, religiosas o sindicales a otros agentes en el desempeño de su función. o) Hacer abandono del servicio sin causa justificada.”

<sup>14</sup> **Artículo 85:** “El agente que incurriera en TRES (3) inasistencias consecutivas, sin previo aviso y previa intimación fehaciente será considerado incurso en abandono de cargo y se decretará su cesantía sin substanciación de sumario El agente que incurra en inasistencias sin justificar será sancionado conforme se indica seguidamente: a) Por tres inasistencias en

Por último, el artículo 87 de la LEP dispone que el agente podrá ser sancionado disciplinariamente con suspensión de hasta diez días sin necesidad de instrumentar el procedimiento sumarial por funcionario no inferior a Director. En estos casos, previamente a la aplicación de la sanción, se hará saber al agente la falta cometida, la norma transgredida y el derecho a presentar descargo en el plazo de tres días.

### ***III.3. Inicio***

El sumario administrativo por el que tramita un procedimiento disciplinario en materia de empleo público, requiere el cumplimiento de los requisitos previos expuestos arriba, y que tal circunstancia sea comunicada a la Administración Pública mediante un carril formal.

Así, su promoción exige que la falta administrativa sea denunciada por la propia administración mediante alguno de sus agentes o por una denuncia fundada de alguna persona externa a dicha organización.

El primer caso se da cuando, como lo posibilita el artículo 92 de la LEP, es pedida la instrucción del sumario “por cualquiera de los titulares de una unidad orgánica aprobada”.

Para el segundo tipo de casos, en los que una persona realiza una denuncia fundada, la reglamentación dispone que las personas extrañas a la Administración podrán presentar

---

el término de hasta TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días entre la primera y la tercera: CINCO (5) días de suspensión. b) Por tres inasistencias en el término de hasta TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días entre la primera y la tercera registradas en un lapso de hasta DOS (2) años, a contar de la última que motivó la sanción del inciso anterior: QUINCE (15) días de suspensión. c) Por tres inasistencias en el término de hasta TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días entre la primera y la tercera registradas en un lapso de hasta DOS (2) años a contar de la última que motivó la sanción del inciso anterior: TREINTA (30) días de suspensión. d) Por tres inasistencias en el término de hasta TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días entre la primera y la tercera registradas en un lapso de hasta DOS (2) años a contar de la última que motivó la sanción del inciso anterior: Cesantía. Al agente que se halle en las faltas que prevén los incisos a), b), c) y d) se le otorgará CINCO (5) días para que formule descargo, previo a la resolución que deberá adoptar la autoridad que corresponda.”

denuncia oral o escrita ante la autoridad respectiva, la que tendrá la obligación de recibirla, sobre hechos u omisiones que puedan configurar faltas. El denunciante no será considerado parte de las actuaciones. En caso que la denuncia sea oral, se labrará acta, la que en lo esencial, deberá contener: lugar y fecha, identificación del denunciante acreditado con su documento de identidad, relación de los hechos denunciados, identificador de los agentes denunciados y los elementos de prueba, debiendo el acta ser firmada por el denunciante en presencia del funcionario interviniente y por éste último, entregándosele copia certificada.

Si se tratare de denuncia efectuada por escrito, se citará al denunciante para que dentro de los tres días, ante el titular de la repartición en que se hubiese cometido la presunta falta, o quien éste designe a tal efecto, ratifique el contenido de la misma y reconozca la firma que la suscribe, dejándose constancia de lo actuado en acta con las formalidades de la última parte del apartado anterior. No lográndose la comparencia del denunciante y no siendo posible establecer la autenticidad de la firma, se decretará el archivo de las actuaciones. El mismo procedimiento se seguirá cuando la denuncia proceda de fuente anónima, fuere formulada bajo firma apócrifa o cuando la denuncia hubiera sido retractada.

### ***III.4. Desarrollo***

Establece la reglamentación que, para el caso de una denuncia de persona externa a la administración, presentada una denuncia y cumplidos los requisitos precedentes, el funcionario que la reciba la elevará de inmediato a la autoridad superior de la dependencia, si no hubiere sido radicada directamente ante la misma, y ésta deberá practicar las diligencias preventivas necesarias, dando oportuna intervención al órgano administrativo competente.

Luego procede el traslado de la denuncia al agente denunciado. En oportunidad de efectuarse el traslado al agente de la

falta cometida, de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 87 de la Ley, deberá indicarse con precisión el hecho que se le atribuye, detallando las circunstancias de tiempo y lugar de su producción.

#### *III.4.1. Sustanciación ante la Dirección Provincial de Sumarios*

Establece la reglamentación que la dependencia con competencia específica para conocer en las causas previstas en el artículo 92 de la Ley es la Dirección de Sumarios, cuyo titular tiene las siguientes facultades: a) La organización de la Dirección proponiendo, la creación de los organismos internos que estime adecuados para el cumplimiento de sus funciones. b) Designar el o los instructores que sustanciarán los sumarios y los secretarios letrados, si correspondiere. c) Resolver las cuestiones de procedimientos que se sustanciaren durante la tramitación de los sumarios. d) Requerir directamente a todas las reparticiones provinciales y/o municipales los informes que considere indispensables, sin necesidad de seguir la vía jerárquica. Los organismos provinciales deberán evacuar los informes requeridos dentro de los cinco días. e) Elevar a la Junta de Disciplina, previo dictamen, las actuaciones sumariales para la prosecución de su trámite.

#### *III.4.2. Orden de sumario*

El procedimiento disciplinario toma el primer impulso procedimental con la emisión de la orden de sumario, que consiste en el acto u orden que dispone la instrucción de dicho procedimiento y la que deber contener “*ineludiblemente*”, en forma clara y precisa: la mención de los hechos a investigar y la individualización del agente involucrado. Es irrecurrible y debe notificarse siempre que hubiere un agente individualizado. Junto con la orden se debe remitir a la Dirección de Sumarios, el legajo personal del denunciado, su último domicilio y un informe de concepto de su superior inmediato.

### *III.4.3. Instrucción del sumario y prueba de cargo*

La instrucción del sumario será llevada a cabo por medio del instructor – quienes deberán revistar preferentemente en categoría igual o superior a la del agente sumariado y tendrán título universitario de Abogado, Escribano o Procurador- que al efecto designe el Director de Sumarios, el que cumplirá su cometido de acuerdo al procedimiento que se establece en esta reglamentación y que no podrá superar el plazo de sesenta días (plazo fundadamente prorrogable por el Director de Sumarios).

El instructor deberá practicar todas aquellas diligencias conducentes a la acreditación de los hechos y omisiones que constituyan faltas administrativas y de todas sus circunstancias, para determinar la culpabilidad o inocencia del o de los sumariados. Tanto los instructores como sus secretarios son recusables por las causas dispuestas en la reglamentación del artículo 92 de la LEP y se encuentran obligados a excusarse ante la presencia de una de ellas.<sup>15</sup>

El sumario será secreto hasta que el instructor dé por finalizada la prueba de cargo y las actuaciones del sumario deberán realizarse por escrito, utilizándose preferentemente la escritura a máquina. De todas las diligencias que se practiquen se levantará

---

<sup>15</sup> Artículo 92, Decreto 4161/96; "...XVII. El sumariado podrá recusar al instructor por algunas de las siguientes causas: a) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado civil o segundo por afinidad con alguno de los involucrados o denunciantes. b) Ser o haber sido denunciado o acusado por un delito o falta disciplinaria por alguno de los involucrados o denunciantes. c) Ser o haber sido denunciador o acusador del que recusa. d) Tener interés directo o indirecto en el resultado del sumario, que se manifieste por parcialidad evidente en la investigación. e) Tener el instructor, su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o afines hasta el segundo, pleito pendiente con el recusante. f) La amistad íntima con alguno de los involucrados o denunciantes, que se manifieste por frecuencia en el trato. g) Enemistad manifiesta o resentimiento por hechos graves y conocidos con involucrados o denunciantes. h) Ser o haber sido tutor o curador de involucrados o denunciantes. i) Tener comunidad de intereses con involucrados o denunciantes. j) Ser acreedor, deudor o fiador de involucrados o denunciantes. k) Haber recibido el instructor de parte del imputado beneficio de importancia o después de iniciado el sumario, presentes o dádivas, aunque sean de poco valor. l) Las causales de recusación enunciadas precedentemente alcanzarán igualmente al representante o patrocinante del inculpadao."

acta o certificación, con indicación del lugar y fecha, la que será firmada por todas las personas que hayan intervenido en ella. El instructor deberá rubricar cada una de las hojas que utilice mediante su firma, juntamente con los intervinientes, y sellos correspondientes. En lo no previsto en materia de actuaciones, se aplicarán las disposiciones del Decreto-Ley N° 7647/70 o la norma que lo reemplace.

La reglamentación del procedimiento sumarial regula la forma y modos de realizar las notificaciones, así como los medios de prueba. Sobre estos últimos el Decreto 4161/96 regula: 1. La *declaración del Imputado*; 2. La *confesión*; 3. La prueba *testimonial*; 4. El *careo*; 5. La prueba *pericial*; 6. La prueba *documental*; 7. La prueba *informativa* y 8. El *reconocimiento*.

Las decisiones de la instrucción en materia probatoria son irrecurribles. Para lo que no esté previsto en materia probatoria, serán de aplicación supletoria las normas del Código de Procedimiento Penal, en cuanto no se opongan a lo normado en dicha reglamentación.

#### *III.4.4. Conclusión de la prueba de cargo, levantamiento del secreto y auto de imputación*

Concluida la prueba de cargo, el instructor dispondrá el levantamiento del secreto del sumario. Si, a su juicio, se encontrare acreditada la comisión de falta administrativa e individualizado el o los autores, procederá a dictar **auto de imputación**, el que deberá contener en sus considerandos: a) La exposición metódica de los hechos, relacionándolos, con las pruebas agregadas al expediente. b) La participación que en ellos tuvieren cada uno de los imputados, mencionando claramente a los mismos, por sus nombres y apellidos completos. Las circunstancias atenuantes y agravantes, que puedan modificar la responsabilidad de los imputados, desde una base estrictamente probatoria, sin poder incurrir en valoraciones que vayan más allá de la comprobación o no de la existencia de la falta.

En la *parte dispositiva* el auto de imputación contendrá:

- a) El encuadramiento legal que corresponda a los hechos relacionados y a la sanción disciplinaria que estime aplicable.
- b) El otorgamiento de traslado para descargo y ofrecimiento de prueba a los imputados.

No existiendo, a criterio del instructor, elementos de juicio suficientes para la prosecución de las actuaciones, propiciará el **sobreseimiento**, elevándolas al Director de Sumarios. El Director de Sumarios examinará las actuaciones y si compartiere el temperamento propuesto, las remitirá a la Junta de Disciplina con opinión fundada. Podrá asimismo disponer se dicte providencia de imputación, en cuyo caso deberá designar nuevo instructor en el mismo acto. También podrá disponer el dictado de nuevo auto de imputación, prosiguiéndose con el procedimiento establecido a partir del apartado siguiente.

#### *III.4.5. Traslado a los imputados. Descargo y prueba de parte y alegato*

Dictada la providencia de imputación, se dará vista de todo lo actuado al imputado por el término de diez días, dentro de los cuales deberá efectuar su **descargo** y proponer las medidas de prueba que crea oportunas para su defensa. Cuando haya más de un imputado, los términos serán independientes y comenzarán a correr a partir del día siguiente hábil en que cada uno se haya notificado de la vista.

En su escrito de descargo el inculpado deberá constituir domicilio en forma clara y precisa, el que se considerará subsistente para todos los efectos legales mientras no designe otro, no pudiendo constituirlo en oficinas públicas. Asimismo, deberá ofrecer la totalidad de la prueba que estime necesaria, la que se sustanciará de acuerdo con las formalidades establecidas para la investigación, en las normas de la presente reglamentación, cualquiera sea la denominación que le asigne el imputado.

Concluida la prueba de descargo, se correrá nuevo traslado de las actuaciones a cada imputado, para que alegue sobre el mérito de la producida dentro del término de cinco días.

### *III.4.6. Cierre del sumario*

El instructor procederá a decretar el cierre del sumario en las siguientes circunstancias: **a)** Cuando el imputado no hubiera presentado el descargo y se haya dado por decaído el ejercicio de ese derecho. **b)** Cuando presente descargo y no ofrezca prueba a producir. **c)** Cuando haya alegado sobre el mérito de la prueba de descargo o se le haya dado por decaído el ejercicio de ese derecho.

### *III.5. Dictámenes. Junta de disciplina, Asesoría General de Gobierno y Fiscalía de Estado*

La LEP en su artículo 93 crea la **Junta de Disciplina**, única y permanente, otorgándole la competencia de organismo asesor de la administración pública en materia disciplinaria y cuyas funciones son: expedirse en los sumarios administrativos previamente al dictado de la resolución, aconsejando la sanción a aplicar si correspondiere, expedirse en los supuestos de solicitudes de rehabilitación y expedirse en los casos en que se requiera su intervención por la autoridad competente. Su integración la delega –mediante el art. 94– a la reglamentación, sólo reservando la obligación de incluir una representación gremial.

La ley en el siguiente artículo, dispone la intervención previa de la **Asesoría General de Gobierno**, cuando se trate de una falta que pueda dar lugar a la aplicación de una sanción expulsiva, y la intervención de la **Fiscalía de Estado** cuando de modo directo existan intereses fiscales afectados. Ambos organismos deberán expedirse en el plazo de diez días mediante la emisión de un dictamen, para lo cual, podrán recabar medidas ampliatorias.

### *III.6. Resolución final*

Una vez pronunciada la autoridad sumariante, la Junta de Disciplina y, en su caso la Asesoría General de Gobierno y la Fiscalía de Estado, las actuaciones serán remitidas a la autoridad

competente para que dicte la resolución definitiva con ajuste a lo establecido

La LEP establece en su artículo 88 que toda sanción deberá aplicarse por **resolución fundada** que contenga la **clara exposición de los hechos** y la indicación de las **causas determinantes de la medida**.

Resultan autoridades competentes para aplicar sanciones disciplinarias en el ámbito provincial:

- a) El Poder Ejecutivo, las expulsivas.
- b) Los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales o Provinciales, y demás funcionarios con idéntico rango a los enumerados, las correctivas.
- c) Los Directores, o sus equivalentes, las correctivas limitándose la suspensión hasta un máximo de diez días.

Especifica el artículo 100 de la LEP que el acto administrativo final deberá ser dictado dentro de los cinco días de recibidas las actuaciones y deberá resolver respecto del imputado/s:

- a) Sancionarlo.
- b) Absolverlo.
- c) Sobreseerlo en el sumario.
- d) Declarar extinguida la potestad disciplinaria de la Administración por alguna de las causales previstas.

## **IV. Impugnación en sede administrativa y judicial**

### ***IV. 1. Impugnación en sede administrativa. Vías recursivas***

La ley dispone como medio de impugnación del acto administrativo sancionador con el que culmina el sumario administrativo, dos recursos que actúan como remedios específicos para defender los derechos del trabajador estatal frente a la Administración empleadora.

El procedimiento disciplinario prevé la posibilidad que el agente impugne en la propia sede administrativa la decisión que dispuso aplicarle una sanción y para ello regula dos recursos a

tal efecto; el **recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio (1)** y el **recurso de revisión (2)**.

El primero de ellos –*revocatoria con jerárquico en subsidio*– es el más común y lo establece la ley en su artículo 104 que contra los actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias, el sancionado podrá interponer recurso de revocatoria, con el jerárquico en subsidio, ante el mismo organismo que lo dictó, dentro del término de los diez días siguientes al de su notificación. El recurso deberá fundarse, debiendo rechazarse el mismo sin más trámite si se omitiera tal requisito.

El segundo –*revisión*–, caracterizado como una impugnación de excepción, está legislado en su artículo 105 en el que dice que -en cualquier tiempo- el agente sancionado o de oficio, el Estado, podrá solicitar la revisión del sumario administrativo del que resultara pena disciplinaria, cuando se aduzcan *hechos nuevos* o *circunstancias sobrevinientes* susceptibles de justificar la inocencia del imputado. Cuando se trate de agentes fallecidos, la revisión podrá ser requerida por el cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos o la persona que comprobadamente hubiera convivido en calidad de cónyuge, o de oficio por la misma Administración. En todos los casos deberán acompañarse los documentos y pruebas en que se funda la revisión: en su defecto, ésta será desechada sin más trámite. Especifica que no constituyen fundamento para la revisión las simples alegaciones de injusticia de la sanción.

#### ***IV. 2. Impugnación en sede judicial. El proceso contencioso administrativo bonaerense***

Establece la Constitución bonaerense en su artículo 166 que los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en los contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa.

Así, nuestro sistema judicial de revisión de la actuación y omisión de la Administración Pública provincial y municipal se estructura sobre el Fuero Contencioso Administrativo –integrante orgánico del Poder Judicial- y corre por el carril procesal legislado en el Código Contencioso Administrativo –CCA- (ley 12.008 y modificatorias).

En el inciso 1 del listado de los casos incluidos en el Artículo 2º del CCA se dispone: “La competencia contencioso administrativa comprende las siguientes controversias: 1...Quedan incluidas en este inciso las impugnaciones [...] que se deduzcan en contra de actos sancionatorios dispuestos en el ejercicio de la policía administrativa- a excepción de aquéllas sujetas al control del órgano judicial previsto en los Artículos 166, segundo párrafo, 172 y 216 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 24 inciso 3) de la Ley N° 11.922.”

Las sanciones administrativas aplicadas en un procedimiento disciplinario en el marco de una relación de empleo público provincial o municipal pueden ser entonces impugnadas judicialmente ante el Fuero Contencioso Administrativo, con aplicación al trámite del CCA, pudiendo el agente podrá optar entre recurrir al proceso ordinario, apelando a una de las pretensiones dispuestas en el artículo 12 del CCA o utilizar el procedimiento especial de impugnación de sanciones en materia de empleo público regulado en sus artículos 71 a 73.

En este último caso el código le otorga al trabajador público una opción por el proceso sumario, al decir que contra los actos administrativos que dispongan sanciones disciplinarias a los agentes públicos provinciales o municipales, la parte actora, en el escrito inicial, podrá optar por formular las pretensiones previstas en el artículo 12º del presente Código, por la vía del proceso ordinario, o por la del sumario prevista en este Capítulo.

La particularidad de este proceso especial es la abreviación de los plazos de su procedimiento judicial, con la finalidad clara de simplificar el juicio y brindar una garantía eficaz a la hora de efectivizar derechos fundamentales defendidos por

la parte más débil de la relación laboral. El plazo de caducidad previsto para interponer la demanda, que en el proceso ordinario es de noventa días, se reduce a sesenta debiendo computarse de igual forma que la prevista en el artículo 18 del CCA.<sup>16</sup>

En el artículo 73 del CCA<sup>17</sup> el legislador dejó expresamente regulado el contenido que debe tener toda sentencia que se dicte en sentido favorable al trabajador público que opta por transitar su juicio por este proceso especialmente previsto para la impugnación de sanciones. De esa forma refleja indirectamente aquellas cuestiones de fondo reguladas por el derecho administrativo como el sistema de nulidades, el contenido de las reparaciones y las medidas conducentes a cumplir con la decisión judicial.

Si bien en el primer punto se delimita con esmerada descripción el contenido de los fallos estimatorios de la demanda anulatoria, en su segundo acápite el artículo remite a los contenidos de las sentencias dictadas en el proceso ordinario previstos en el artículo 50 del propio código, ampliando expresamente la gama de medidas por las que pueden optar los magistrados.

Para el caso en que la sentencia resulte desfavorable al actor, el magistrado, en aplicación de los artículos 70 y 50 del

<sup>16</sup> Artículo 72º: (Texto Ley 13101) Plazo para la demanda. Reglas procesales. La pretensión deberá deducirse dentro de los sesenta (60) días contados en la forma prevista en el artículo 18 del presente Código. El trámite se regirá por las normas previstas en el Capítulo I del Título II del presente Código, con las siguientes excepciones: 1. Contestada la demanda, o vencido el plazo para hacerlo, no habiendo hechos controvertidos, el Juez declarará la cuestión de puro derecho y firme dicha providencia llamará autos para sentencia. 2. Si hubiere hechos controvertidos, en una misma providencia el Juez dispondrá la producción de las pruebas pertinentes.

<sup>17</sup> Artículo 73.- (Texto según Ley 13101) SENTENCIA FAVORABLE. 1. Si la sentencia fuera favorable al impugnante, dispondrá conforme a las particularidades del caso todas o algunas de las siguientes medidas: a) La anulación total o parcial de la sanción. b) La reincorporación del agente, si la sanción hubiera sido expulsiva. c) El reconocimiento de los haberes devengados. 2. De acuerdo a las características de la causa cuando se anulare una sanción expulsiva, junto con la declaración de nulidad, el órgano jurisdiccional podrá ordenar la adopción de las medidas que estimare conducentes con arreglo a lo dispuesto en el artículo 50 del presente Código.

CCA, deberá limitarse a desestimar la pretensión intentada por el trabajador estatal rechazando la demanda.

## V. Orientación bibliográfica

El texto de la clase constituye una guía para el estudio que requiere necesariamente lecturas complementarias.

Material bibliográfico general sobre procedimiento administrativo:

**Hutchinson**, Tomás, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

### *Bibliografía específica sobre empleo público provincial:*

**Cabral**, Pablo Octavio y **Schreginger**, Marcelo José; *El régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009 (en especial, Capítulos VII y VIII).

### *Literatura específica referida al procedimiento administrativo disciplinario:*

**Repetto**, Alfredo; *Procedimiento administrativo disciplinario. El sumario*. Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, Buenos Aires, 2008.

**Maljar**, Daniel; *El derecho administrativo sancionador*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

**Nieto**, Alejandro; *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

---

## La buena administración como principio jurídico: una aproximación conceptual

Good administration as a legal principle: a conceptual approach

Boa administração como princípio legal: uma abordagem conceitual

Bonne administration en tant que principe juridique: une approche conceptuelle

*Andry Matilla Correa*<sup>1</sup> | Universidad de La Habana Cuba

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 110-160

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

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7620-3627>

Recibido: 15/01/2019

Aprobado: 10/03/2019

---

**Resumen:** El principio de buena administración revela un principio de connotaciones genéricas que resulta, en lo formal, una manera de englobar y de dotar de unidad de sentido a determinadas exigencias que debe observar la Administración Pública en su existencia y a ciertos requerimientos y situaciones que se dan en sus relaciones con los ciudadanos o administrados. De igual forma, resulta pacífico el punto de partida de que el contenido del principio de buena administración ha quedado reconocido y trazado con un carácter plural y heterogéneo, tanto en las consideraciones de la jurisprudencia y la doctrina, como en la normativa que a él se refiere. Así las cosas, el principio de buena administración se revela o traduce, según ha tenido oportunidad de dejar en claro su evolución dentro del ámbito jurídico, en un conjunto

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC). Académico Titular de la Academia de Ciencias de Cuba.

o elenco de principios de alcance o proyección más particularizados que aquél, así como de derechos (de los ciudadanos o administrados) y deberes (de la Administración Pública) que lo concretan.

**Palabras claves:** buena administración. Principio jurídico. Administración Pública.

**Abstract:** The principle of good administration reveals a principle of generic connotations that results, formally, a way of encompassing and providing unity of meaning to certain requirements that must be observed by the Public Administration in its existence and certain requirements and situations that occur in his relations with citizens or administrated. Similarly, the starting point that the content of the principle of good administration has been recognized and mapped with a plural and heterogeneous character, both in the considerations of the jurisprudence and the doctrine, and in the regulations that it contains, is peaceful refers. Thus, the principle of good administration is reviewed or translated, as it has had the opportunity to make clear its evolution within the legal field, in a set or list of principles of scope or projection more particularized than that, as well as of rights (of citizens or administrated) and duties (of the Public Administration) that specify it.

**Keywords:** Good administration. Legal principle. Public administration.

**Resumo:** O princípio da boa administração revela um princípio de conotações genéricas que resulta, no formal, uma maneira de incluir e fornecer unidade de significado a certos requisitos que a Administração Pública deve observar em sua existência e certos requisitos e situações que ocorrem em suas relações com os cidadãos ou administrados. Da mesma forma, resulta pacífico o ponto de partida de que o conteúdo do princípio da boa administração foi reconhecido e traçado com um caráter plural e heterogêneo, tanto nas considerações da jurisprudência e da doutrina, como nos regulamentos que se refere a ele. Assim, o princípio da boa administração é revelado ou traduzido, como teve a oportunidade de deixar claro sua evolução dentro do campo legal, em um conjunto ou elenco de princípios de escopo ou projeção mais particularizados que aquele, assim como direitos (dos cidadãos ou administrados) e deveres (da Administração Pública) que o materializam.

**Palavras-chave:** Boa administração. Princípio Legal. Administração pública.

**Résumé:** Le principe de bonne administration révèle un principe de connotations génériques qui constitue, de manière formelle, une manière d'englober et de donner une unité de sens à certaines exigences que doit respecter l'administration publique dans son existence et à certaines exigences et situations qui se produisent dans ses relations avec les citoyens ou les administrés. De même, le point de départ selon lequel le contenu du principe de bonne administration a été reconnu et tracé avec un caractère pluriel et hétérogène, à la fois dans les considérations de la jurisprudence et de la doctrine ainsi qu'aux normes auxquelles elle se réfère, est non conflictuel. Ainsi, le principe de bonne administration se montre ou se traduit, selon qu'il ait eu l'occasion de préciser son évolution dans le domaine juridique, dans un ensemble ou une liste de principes de portée ou de projection plus précis que celui-ci, comme des droits (des citoyens ou des administrés) et des devoirs (de l'administration publique) qui le concrétisent.

**Mot-clés:** Bonne administration. Principe juridique. Administration publique.

---

“ (...) *tout service public demande à être assuré et assuré pour le mieux, car l'Administration, c'est la bonne administration; (...).*”.

Comentario al *affaire Gaz de Deville-lès-Rouen* del Consejo de Estado, 10 de enero de 1902,

Maurice HAURIU

## I. Ideas iniciales

La preocupación por la *buena administración* en el campo jurídico, no es ni por mucho, algo que nace en el siglo XX o en lo que va del XXI; sino que hunde sus raíces, como la preocupación misma para el buen ejercicio del poder público, en tiempos anteriores.

En viejo libro, entre las tempranas obras generales españolas del siglo XIX sobre Derecho Administrativo, se puede leer en las primeras líneas del mismo:

“(…) Exponer la utilidad que la sociedad reporta de una buena administración, que reúne en sí los medios necesarios para dar fuerza al gobierno, proteger a los ciudadanos y fomentar los intereses generales del país, sería querer demostrar una verdad que está al alcance de todos, y de que nunca ha dudado ningún hombre sensato sea cualquiera la opinión a que pertenezca. (…)”.<sup>2</sup>

Sin embargo, es en los siglos XX y XXI que la *buena administración* ha de adquirir, en lo jurídico, dimensiones superiores y definitivas, asumiendo un valor de uso que posiciona y sustenta hoy su funcionalidad trascendental para el marco de ordenación jurídica de la Administración Pública y, con esto, para un importante segmento de las relaciones entre el poder público – organizado y funcional – y los ciudadanos o administrados. Ha sido tal la relevancia que ha ido cobrando la idea de *buena administración*, que una voz autorizada en estas cuestiones llamaba, justo en las postrimeras de la centuria anterior y el nacimiento de una nueva, a hacer del siglo XXI el «siglo de la buena administración».<sup>3</sup>

Alumbrada y sustanciada, principalmente, en la cultura política, administrativa y jurídica de la Europa occidental, la *buena administración* ha evolucionado de una consideración jurídica como *principio* (de organización y funcionamiento de la Administración Pública) y como *deber* (en cabeza del aparato administrativo público), a una dimensión más ambiciosa como la que ha ganado con el artículo 41 de la *Carta de los Derechos*

<sup>2</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquín, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en todo a la legislación hoy vigente*, corregida y aumentada por don Joaquín AGUIRRE y don Juan Manuel MONTALBÁN, 4<sup>ta</sup> edición reformada y considerablemente aumentada por don José de VICENTE Y CARAVANTES, Tomo IV, *Derecho Administrativo*, Imprenta y librería de Gaspar y Roig, editores, Madrid, 1852, p. 5.

<sup>3</sup> SÖDERMAN, Jacob, “Speech of the European Ombudsman -Public Hearing on the draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, Preliminary remarks”, pronunciado en Bruselas, Bélgica, el 2 de febrero de 2000, disponible en [www.ombudsman.europa.eu/es/activities/speech.faces](http://www.ombudsman.europa.eu/es/activities/speech.faces).

*Fundamentales de la Unión Europea* (proclamada en Niza en diciembre de 2000), el cual refrendó un novedoso «derecho a la buena administración» en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”<sup>4</sup>

La consagración allí de ese novedoso *derecho*, etiquetado como «fundamental» por la propia Carta de Niza, de los ciudadanos frente al funcionamiento administrativo público, no ha sido fortuita, en tanto ello ha respondido a un contexto

---

<sup>4</sup> Sigue luego un artículo 42, relativo al derecho de acceso a los documentos, estrechamente vinculado con el 41, y en el que se expresa: “Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.”. Por su parte, el artículo 43 de esa misma Carta, a propósito del Defensor del Pueblo, se regula: “Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.”.

que ha venido favoreciendo y potenciando con intensidad – especialmente luego de la II Guerra Mundial - los derechos de los ciudadanos (administrados en general, más allá de las bondades de uno u otro término) frente a los mecanismos y las actuaciones del poder público.<sup>5</sup> Así las cosas, la aparición del *derecho fundamental a la buena administración*, y el trazado y nominación como tal *derecho*, ha de entenderse como una consecuencia del «tiempos de los derechos» (apelando al nombre de una conocida obra de BOBBIO<sup>6</sup>), del «lenguaje de los derechos» (en expresión que ya usaba, por ejemplo, DWORKIN<sup>7</sup>) o de la «lengua de los derechos» (evocando el título de un conocido libro de GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>8</sup>), tal y como se han proyectado, especialmente, en Europa occidental desde el segundo lustro de la década de 1940 hasta hoy.

Adquiridos esos ribetes jurídicos, la *buena administración* no ha quedado ahí, sino que ha trascendido las fronteras europeas para recalar en el marco latinoamericano a través de la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013, en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del

<sup>5</sup> Decía el Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER que, el «derecho a la buena administración» "(...) es ya una llamada genérica a todos los responsables de la diversas Administraciones Públicas, instados a alcanzar el canon que el precepto significa.". MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "De los derechos humanos al derecho a una buena administración", en ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (coordinadores), *El derecho a una buena administración y ética pública*, Fundación General de la Universidad de Málaga, Málaga.es diputación, Defensor del ciudadano/a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 50.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Traducción de Rafael DE ASÍS ROIG, Editorial Sistema, Fundación Sistema, Madrid, 1991.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Traducción de Marta GUSTAVINO, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1984, p. 276.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1994.

Estado celebrada en Ciudad de Panamá los días 27 y 28 de junio de 2013. Este documento proyecta, sintetiza y desarrolla a *la buena administración pública* y sus implicaciones, en razón de la triple funcionalidad que se le ha podido dar a la misma: como *principio*, como *deber* y como *derecho*.

Visto así el panorama, puede entenderse perfectamente cómo la idea jurídica de *buena administración*, en las últimas décadas, se ha ido consolidando y sustanciando al compás de la globalización, pero se ha globalizado o «extendido a nivel global»<sup>9</sup> ella misma.

En definitiva, la cuestión jurídica de la *buena administración* no involucra sino preocupación por la calidad en la organización y en el funcionamiento administrativos. Pretendiendo ser motor de impulso y medida también de la búsqueda de esos estándares de calidad en la actuación, de los procederes (de ahí la relevancia del tema para el procedimiento administrativo) de la Administración Pública, para el cumplimiento pleno y cabal de los fines administrativos.

La *buena administración* hace a la naturaleza o esencia misma de todo el fenómeno administrativo público. Por ende, no puede concebirse ese fenómeno, es decir, la Administración Pública en sus diversas aristas, si no es desde la consideración de la cualidad que le imprime la idea de *buena* y desde lograr en ella – inexcusablemente – lo *bueno*, lo bien hecho, en sus proyecciones estructurales y funcionales, en su materialización y realización. Por lo tanto, no hay manera de entender a la Administración Pública (subjativa y objetivamente considerada) si esta no es la *buena administración*, simplemente porque la *mala administración* es administración desnaturalizada y, en consecuencia, no puede decirse que es propiamente

---

<sup>9</sup> En palabras de CASSESE, Sabino, “Il diritto alla buona amministrazione”, p. 9, ponencia presentada a la «*Jornada sobre el derecho a la buena administración*», por el 25 aniversario de la ley del “Síndic de Greuges” de Cataluña, Barcelona, 27 de marzo de 2009, disponible en [www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf](http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/05/Diritto-alla-buona-amministrazione-barcellona-27-marzo.pdf).

administración, en tanto no conduce al cumplimiento cabal de los fines para los cuales existen el aparato y el espacio funcional administrativos.

En esta cuerda de análisis, se ha llegado a decir que la *buena administración* significa «el intento de dotar de alma a la Administración Pública»<sup>10</sup> o que ella «es el alma de la nueva administración».<sup>11</sup>

En una clave esencial de ese tipo radica el punto de mira básico del fenómeno de la *buena administración* desde el Derecho. Claro está, esto como producto de nuevos tiempos, de búsqueda de mejores dinámicas administrativas, de mayores exigencias de los ciudadanos frente a los poderes públicos organizados. La *buena administración* conecta directamente con, y resume, los nuevos valores con los que se ha querido dotar en las últimas décadas al sistema administrativo público, y de las exigencias de ordenación jurídica de ese sistema y su funcionamiento, buscando rectamente la plena realización de los intereses generales; teniendo, además, como premisa, la reevaluación de la posición del ciudadano o administrado frente a la Administración Pública, el cual pasa ahora a tenerse como «el corazón de la relación jurídica-administrativa»<sup>12</sup> o, lo que es lo mismo, a considerarse su «centralidad»<sup>13</sup> en la vida administrativa pública.

<sup>10</sup> TORNOS MAS, Joaquín, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública”, en MARTÍN REBOLLO, Luis (Director), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Volumen I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 629 y sigs.

<sup>11</sup> TORNOS MAS, Joaquín, “El principio de buena administración...”, ob. cit., p. 630.

<sup>12</sup> A comienzos de este siglo XX, Jacques CHEVALLIER advertía que: “*Depuis la dernière décennie, les choses ont évolué: la figure du citoyen es désormais présente au cœur de la relation administrative, comme l’attestent les “chartes du citoyen” adoptées dans un certain nombre de pays européens (...)*”. CHEVALLIER, Jacques, “Préface”, en SPANOU, Calliope, *Citoyens et administration*, L’Harmattan, Paris, 2003, p. 7.

<sup>13</sup> Como se ha ocupado de enseñar el español Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, en no pocos trabajos al efecto: “La buena administración, el buen gobierno, aspira a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales.”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime,

En los tiempos que corren para el Derecho, el prisma que ofrece pensar el espacio público y sus implicaciones desde el lado que revela *la buena administración*, no pone solo sobre el tablero un deseo de vida que deriva de la existencia misma del poder público organizado y operante, sino una necesidad cada vez más impostergable para que ese poder cumpla con la condición de factor para la realización de la condición humana.

Y es que –más allá de las experiencias históricas que por miles de años pueden hacer parecer ingenuo este planteamiento–, el poder público no ha de ser un fin en sí mismo, sino medio o instrumento para proveer a la convivencia social del grupo humano y del ser humano como individuo, bajo ciertas condicionantes o aspiraciones de vida que son las que determinan su uso como medio o instrumento y permiten medir la validez y efectividad de esa utilización. De tal suerte, es el poder público un factor de garantía existencial de la sociedad humana y del hombre como individuo, que con el transitar de la marcha vital de la humanidad por los varios milenios que conforman su historia, ha ido pasando de simple medio de dominación, sin más, de unos hombres sobre otros, a hacer del desarrollo a plenitud de la condición humana el aliento vital de su planteamiento y operatividad – al menos en un plano ideal –; sin olvidar que sigue siendo también medio de dominación social.

Por lo hasta aquí dicho, es difícil no derivar entonces en la convicción de que el poder público ha de verse como un mecanismo al servicio de la sociedad y de los integrantes de ella y no como la vía para servirse de la sociedad y de sus integrantes. Un

---

*El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson-Aranzadi, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 34. En otro momento, este profesor acotaba: “La consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración. (...)”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y GARCÍA MEXÍA, Pablo (Directores) y MALLAINA GARCÍA, Carmela (Coordinadora), *El derecho a una buena administración pública*, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2008, p. 13.

medio para servir con utilidad el hombre en su travesía social, debe ser el *animus* que anide en las esencias de ese poder y en cada una de las zonas funcionales, de las piezas estructurales y de los instrumentos en los que se exprese y manifieste. Y con esa perspectiva servicial es que deben encararse todas las acciones de transformación y perfeccionamiento de los resortes del poder público, en los diversos planos y maneras en los que este se proyecta objetivamente.

Ahora bien, la *buena administración* resulta una noción jurídica indeterminada, de contenido complejo, plural, diverso, abierto, presto a ensanchar sus límites hacia nuevos espacios que consoliden los estándares que la misma puede significar. Vista así, es ella una noción genérica, de síntesis de determinados principios, deberes y derechos en concreto, que a su vez puede ser concretada formalmente en ellos.

En la construcción que se le ha dado por la doctrina, la jurisprudencia y la normativa jurídica – la práctica en general –, la *buena administración* en su ángulo principal o el *principio de buena administración* es fórmula que engloba, a la vez que se manifiesta, en una serie de principios que se reconocen hoy como que hacen al fundamento del régimen jurídico de la Administración Pública y, en especial aunque no en exclusiva, al de sus relaciones con los ciudadanos o administrados. Estos principios, con identidad y entidad propia, resultan así *principios de buena administración* y entre ellos pueden mencionarse, entre los más recurridos y sin ánimo de agotarlos, los de: *eficacia, eficiencia, objetividad, economía o economicidad y celeridad, imparcialidad, proporcionalidad, publicidad, transparencia, participación, coherencia, racionalidad, de igualdad de trato o no discriminación, de protección de la confianza legítima, de responsabilidad patrimonial.*

## II. La noción de *buena administración*

La aproximación a una noción jurídica de *buena administración* no es cuestión sencilla si nos atenemos al proceso mismo

de juridificación de dicha noción, así como al universo operativo que ha rodeado a la misma, entendido este desde los planos en que ha podido operar como concepto, la configuración jurídico-formal que puede revestir para o en su concreción, las dimensiones de alcance hacía donde puede extenderse, junto a la pluralidad de contenidos que ha de abarcar.

Lo primero que no puede pasarse por alto es el hecho que la idea de *buena administración* ha sido una noción que ha recalado con definitiva visibilidad en el Derecho Administrativo, o en el Derecho Público, procedente originariamente de la Ciencia de la Administración; esto es, desde el espacio científico que mira a la perspectiva no jurídica del fenómeno administrativo. Esto es algo que ha sido ya anotado por los estudiosos desde antiguo, por lo que baste recordar entonces lo que un viejo autor portugués comentaba:

“(...) *descobertos e conhecidos pela ciência administrativa os princípios verdadeiros para a boa administração, são postos em prática, pelo direito administrativo, vindo por consequência, este a constituir aqueles princípios reduzidos a obra e levados à prática*”.<sup>14</sup>

Es, tal vez, en los predios de la *buena administración*, donde puede apreciarse con mejor claridad una suerte de diálogo fructífero entre la Ciencia de la Administración y el Derecho Administrativo.<sup>15</sup> Y, en el aludido recalo, la *buena administración*

<sup>14</sup> DE FREITAS, Justino Antonio, *Ensaio sobre as instituições de Direito Administrativo portuguez*, por Augusto Guilherme DE SOUSA, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1859, pp. 37.

<sup>15</sup> NIKIFOROS DIAMANDOUROS — quien fuera el segundo Defensor del Pueblo Europeo — consideraba que los principios de *buena administración* poseen una dimensión jurídica, pero también gozan de lo que denomina «vida más allá de la legalidad». En su sentir: “Lo que deseo transmitir con esta frase es que las fuentes de inspiración de los principios (...) — se refiere a los que enumera allí como de *buena administración* — se sitúan fuera, o de acuerdo con mi expresión, «más allá» de la ley. No deberíamos, por tanto, esperar que todo su contenido se recoja o exprese en textos jurídicos ni en la jurisprudencia de los tribunales.”. Para NIKIFOROS DIAMANDOUROS: “En otras palabras, la buena administración consta de aspectos jurídicos y no jurídicos, por lo que cabe afirmar que, aunque la legalidad es necesaria para la existencia de la buena administración, no es suficiente. Esta noción fundamental lleva a distinguir

ha ido adquiriendo gradualmente su trascendencia jurídica hasta mostrarse tal y como va resultando hoy. Y es que la *buena administración* indica, primariamente, la referencia a una situación más objetiva que formal;<sup>16</sup> alude más a la materialidad de un fenómeno y no sólo a la ordenación formal del mismo.

Tal como se ha reconocido ya, la noción jurídica de *buena administración* trae causa del Derecho europeo,<sup>17</sup> desde donde

---

dentro de la mala administración el “*incumplimiento de los principios de buena administración*” como una categoría aparte de la “*no actuación de acuerdo con las normas y principios jurídicos*”. Ver al respecto, de NIKIFOROS DIAMANDOUROS, P., “Legality and good administration: is there a difference?”, Speech by the European Ombudsman, P. NIKIFOROS DIAMANDOUROS, at the Sixth Seminar of National Ombudsmen of EU Member States and Candidate Countries on ‘Rethinking Good Administration in the European Union’, Strasbourg, France, 15 October 2007, disponible en <http://www.ombudsman.europa.eu/es/activities/speech.faces/en/370/html.bookmark>; y “Buena administración, Estado de Derecho y ética: aspectos esenciales de la calidad de la democracia”, presentación en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 21 de marzo de 2013, disponible en: <http://www.ombudsman.europa.eu/en/activities/speech.faces/en/50715/html.bookmark>.

<sup>16</sup> Según consideraba GONZÁLEZ NAVARRO: “Para poner un poco de orden en esta materia sería bueno empezar separando los que, de manera provisional y sin compromiso mayor, podemos llamar «principios jurídicos» de aquellos otros que deberíamos llamar «principios de buena administración» [una expresión suficientemente identificadora y que, además, tiene tradición en nuestro derecho positivo, ya que viene empleándose en la legislación de contratos públicos desde la LCE de 1965 (art. 1 O), por lo menos, hasta la LCAP de 16 de julio de 2000 (art. 4)].”; agregando inmediatamente: “Cuando para dar título a mi trabajo he utilizado la rúbrica (principios del buen hacer administrativo) lo he hecho con la intención de designar con una fórmula común lo que en definitiva son dos elementos de un mismo sistema. Hay, en efecto, un quehacer jurídico y un quehacer que podríamos llamar -con bastante precisión- quehacer empresarial de las Administraciones públicas. Uno y otro han de realizarse bien, conforme a reglas determinadas, jurídicas las unas, de dirección de personas y de gestión de medios, las otras.”. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, “De los principios del buen hacer administrativo”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo (Dirección), *Panorama de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, Boletín Oficial del Estado, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, p. 581.

<sup>17</sup> Según CARRILLO DONAIRE: “Anclado en la tradición jurídica de ciertos Estado europeos, la buena administración es, sin lugar a dudas, una noción forjada al calor del Derecho comunitario europeo. No obstante, el concepto de buena administración no ha tenido plasmación explícita en los Tratados ni en el Derecho comunitario derivado hasta hace relativamente poco tiempo. (...)”. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, “Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Director), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, 2010, pp. 1139 y 1140.

se ha ido irradiando su uso hacia otras latitudes. A lo que puede agregarse que ha sido también resultado y expresión de la cultura *iuspública* europea, especialmente.

El uso de las expresiones *mala administración* y *buena administración* (una y otra han tenido importancia para asentar lo que se ha logrado hasta hoy – en la teoría y en la práctica - en sede de *buena administración*) no constituye patrimonio exclusivo de los documentos y de los *iuspublicistas* de la segunda mitad siglo XX y lo que va del XXI. Por el contrario, en escritos de Derecho Público y Derecho Administrativo del siglo XIX y los primeros lustros del XX, ya es posible encontrar la presencia de tales locuciones; incluso, antes del período decimonónico puede hallarse traza de esa existencia.<sup>18</sup>

Un repaso con cierto detenimiento por la bibliografía decimonónica producida en Francia,<sup>19</sup> España<sup>20</sup>, en algún otro país

---

<sup>18</sup> Muy poco antes de la irrupción de la Revolución francesa (1789) en la escena histórica, un autor, Louis-Henri DUCHESNE DE VOIRONS, daba a la luz (al parecer alrededor de 1788) un breve opúsculo titulado *Premiers Principes d'une bonne administration causes de la décadence d'un royaume*. No era esa una obra de contenido propiamente jurídico, pero bien nos puede servir para ilustrar como las preocupaciones por proyectar una *bonne administration* en el ámbito público no es algo que aparece cercan a nosotros en el tiempo, sino que, salvando las distancias y los contextos históricos, y el instrumental categorial teórico-práctico propio de cada tiempo político-jurídico, ya es posible ir viendo que tanto la denominación (*bonne administration*), como la idea de su importancia para la vida pública de una comunidad políticamente organizada, estaban presentes en las inquietudes - y en la literatura generada a partir de esas inquietudes - de quienes, de alguna manera, pensaban sobre las necesidades de esa comunidad para encausarla según los derroteros socio-políticos de momentos premodernos – al menos en el pasado inmediatamente más cercano a la modernidad -. Ciertamente, *buena administración* (*bonne administration*) no es un concepto jurídicamente trascendente en aquellos tiempos, pero tampoco una expresión genéricamente irrelevante cuando era utilizada, en tanto la “grandeza o decadencia (buena marcha) del reino” se conectaba a su “buena administración”; tal como podemos derivar del título del opúsculo de DUCHESNE DE VOIRONS mencionado como ejemplo. Es en el siglo XIX que poco a poco, de forma imperceptible quizás, van dándose mayores asociaciones de la *buena administración*, como idea, con el mundo jurídico que marca la existencia de la Administración Pública y su proyección y relaciones con la comunidad y los individuos. De tal suerte, comenzaban a darse, sin conciencia al respecto, los pasos iniciales de lo que en la centuria posterior iría emergiendo como un concepto jurídicamente relevante, y que en el siglo XXI cristalizaría como tal en el Derecho europeo.

<sup>19</sup> Entre todos los *iuspublicistas* franceses decimonónicos, es, quizás, Édouard LAFERRIÈRE quien menciona más veces a la *bonne administration*, en su precursor tratado sobre el contencioso-

europeo<sup>21</sup>, o hasta aquella facturada en el perímetro de la América Latina<sup>22</sup> – que en esto es un área del pensamiento mucho menos conocida, incluso para los propios – nos puede revelar el uso de la expresión *buena administración* por los doctri- nantes de esa época; e incluso su presencia en el texto de algu- na norma de carácter legal o reglamentario;<sup>23</sup> o en el de alguna jurisprudencia.

---

administrativo. En LAFERRIÈRE, como en otros autores de la época, está presente la idea de *bonne ad- ministration*, y así lo proyecta con el uso que hace de ella en la obra de referencia, como ele- mento informador, determinante, como criterio de adecuación, como medida y como finalidad de la actuación de la Administración Pública en diversas esferas y ligada también a la actuación jurisdiccional del Consejo de Estado. Incluso, en algún momento habla de *devoir de bonne administration* en materia de recursos financieros o económicos de la Administración. En un interesante fragmento, con un sabor de actualidad, LAFERRIÈRE escribió: “ (...) *les formes imposées à un acte administratif ne le sont pas dans l'intérêt distinct de telle ou telle partie, mais dans l'intérêt de l'acte administratif lui-même, de sa correction, de sa maturité, en un mot dans un but de bonne administration.* (...)”. Ver: LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome I y II, Deuxième édition, Berger-Levrault et Cie, Libraires –Éditeurs, Paris, 1896, especialmente del tomo I pp. 6, 102, 271, 441, 546 y del tomo II pp. 138, 207, 245, 280, 560, 622. El fragmento transcrito corresponde al Tom II, p. 522 y 523.

<sup>20</sup> Es, tal vez, en la obra de JOSÉ DE POSADA DE HERRERA, *Lecciones de Administración*, otro de las primeros grandes textos del *iusadministrativismo* ibérico, donde haya mayor utilización de la expresión *buena administración*, dentro de la primera literatura española de Derecho Administrativo del período decimonónico. En verdad, la voz *buena administración* aparece empleada en numerosas ocasiones por este maestro español, a lo largo de sus clásicas *Lecciones de Administración*, v. gr.: DE POSADA HERRERA, José, *Lecciones de Administración*, del Sr. D. José de Posada de Herrera, Catedrático de esta ciencia en la Escuela especial de Madrid, trasladadas por sus discípulos D. Juan Antonio DE BASCÓN, D. Francisco de Paula MADRAZO, y D. Juan PÉREZ CALBO, 2<sup>da</sup> edición, Colección clásicos de la Administración, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1988, pp. 60, 79, 113, 117, 128, 159, 171, 172, 184, 191, 193, 330, 353, 377, 439, 459, 503, 592, 733.

<sup>21</sup> Por ejemplo: DE FREITAS, Justino Antonio, ob. cit., pp. 37, 43, 148 y 298; DE FOOT, J.-H.-N., *Le droit administratif belge*, Tome I, *De l'organisation et de la compétence des autorités administratives*, H. Casterman, Éditeur, Paris, Tournai, 1859, p. 206; SCOLARI, Saverio, *Del Diritto Amministrativo*, Edizione corretta ed accresciuta, Presso i Fratelli Nistri, Pisa, 1856, pp. 9, 10, 13, 234 y 240.

<sup>22</sup> Como ilustración, pueden verse las interesantes reflexiones del argentino: FERREYRA, Ramón, *Derecho Administrativo General y Argentino*, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1866, pp. 15 a 18.

<sup>23</sup> Recordemos que ya en el Real Decreto disponiendo los Subdelegados y demás empleados de Fomento que había de haber en las provincias españolas, en el Capítulo VI, “Policía

En ese repaso, nos podemos dar cuenta que si bien *buen administración* no es una voz que abunda en las páginas de esos textos, tampoco resulta infrecuente encontrarla diseminada o esparcida por aquellas páginas en uso ocasional, asistémico, ya con un alcance común o más llano, ya con ciertas implicaciones o sentido jurídico realmente poco explicitado y sin precisiones apreciables sobre sus consecuencias, como en las centurias posteriores se le ha ido asignando gradualmente como noción jurídica. Aún así, primitivamente configurado, la evocación de esa locución no deja de traslucir ese matiz jurídico; incluso en ocasiones utilizándose expresiones bien cercanas a nosotros hoy como *los principios de una buena administración*<sup>24</sup> o *principios de buena administración*,<sup>25</sup> o *reglas de una buena administración*,<sup>26</sup>

---

general”, se podía leer en el artículo 34: “34. S. M. la REINA Gobernadora quiere que ninguna prevención especial se haga en esta Instrucción relativa a la alta Policía. S. M. se lisonjea de que generalizados los beneficios que una Administración paternal debe producir, no habrá maquinaciones contra el reposo de los pueblos, ni por consiguiente necesidad de otras medidas de policía que las puramente administrativas, dulces y protectoras, como deben ser siempre todas las que emanan de una buena Administración.”. En la letra de ese Real Decreto mencionado, de 30 de noviembre de 1833, estaba la mano de uno de los grandes precursores de la modernización de la Administración española del siglo XIX: JAVIER DE BURGOS. Ver la reproducción de ese Real Decreto como apéndice en: MESA SEGURA, Antonio, *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, C. Bermejo, Impresor, Madrid, 1946, p. 178.

<sup>24</sup> PROUDHON, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Tome III, Chez Victor Lagier, Librairie-Éditeur, Dijon, 1834, p. 303; GAUDRY, *Traité du domaine. Comprenant le domaine public, le domaine de l'État, le domaine de la couronne, le domaine privé des communes, le domaine départemental suivi d'un appendice*, Tome I, Auguste Durant, Libraire, Paris, 1862, p. 269; CRUET, Jean, *Étude juridique de l'arbitraire Gouvernemental et Administratif. Des cas où l'autorité gouvernementale et administrative n'est pas tenue, sous des sanctions efficaces, de respecter les droits individuels et la légalité*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, Editeur, Paris, 1906, p. 355.

<sup>25</sup> JACQUELIN, René, *Les principes dominants du contentieux administratif*, V. Giard et E. Brière, Libraires, Éditeurs, Paris, 1899, p. 257

<sup>26</sup> Véase, por ejemplo: FOUcart, E.-V., *Éléments FOUcart, E.-V., Éléments de Droit Public et Administratif, ou-exposition méthodique des principes du Droit Public positif précédés de la Constitution du 14 janvier 1832 et des senatus-consultes des 7 novembre et 25 d'décembre*

o formas de una buena administración,<sup>27</sup> o deberes o deber de buena administración.<sup>28</sup>

Constatado en ello el uso de una locución como *buena administración* (*mala administración*) en la etapa decimonónica, tanto en un sentido más corriente, como en otro más propio de lo jurídico, tal vez no pecamos de desatinados si asumimos que, entre los publicistas y los administrativistas del siglo XIX y los primeros momentos del XX, *buena administración* (y *mala administración*) resultaba el etiquetado de una idea establecida pero no esclarecida, una suerte de sentimiento jurídico que anidaba en el universo *iusadministrativo*, pero sin acompañarse de una construcción jurídica que la identificara y la llenara, de manera más precisa, de contenido y consecuencias en el plano de la ordenación jurídica de la Administración Pública.<sup>29</sup> La idea de *buena administración* en ese contexto, no debe entenderse,

---

1853, Tome II, quatrième édition, A Marescq et E. Dujardin, Libraire –Éditeurs, Paris, 1855, p. 729; FOUCCART, E.-V., *Éléments de Droit Public et Administratif, ou-exposition méthodique des principes du Droit Public positif précédés de la Constitution du 14 janvier 1832 et des sénatus-consultes des 7 novembre et 25 décembre 1853*, Tome III, quatrième édition, A Marescq et E. Dujardin, Libraire –Éditeurs, Paris, 1856, p. 311; PERRIQUET, E., *Les contrats de l'État*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal, Billart et Cz, Imprimeurs Éditeurs, Paris, 1884, p. 252.

<sup>27</sup> STRAUSS, Albert, *Des autorités investies de attributions de police*, Thèses pour le doctorat, Henri Jouve, Imprimeur, Paris, 1898, p. 21

<sup>28</sup> GAUDRY, ob. cit., p. 367; LAFERRIÈRE, Édouard, *Traité...*, Tome II, ob. cit., p. 245.

<sup>29</sup> El profesor español Martín BASSOLS COMA, hubo de observar hace ya algún tiempo que: "Hasta el momento en que Hauriou elevó el concepto de «Bonne administration» a la categoría de estándar o directiva, aquel mantenía en el lenguaje jurídico una significación difusa y simbólica, equivalente a una descripción del buen orden de la acción administrativa en su ejercicio y oportunidad. Y en tal sentido puede equipararse perfectamente a conceptos como bien común, interés público, regularidad de las operaciones y actos administrativos. Su invocación y funcionalidad ideológica estuvo presente, no obstante, en las primeras etapas del régimen administrativo y en especial en la configuración primitiva de la jurisdicción contencioso-administrativa: la tensión entre las facultades jurisdiccionales propiamente administrativas del Juez administrativo. (...)". BASSOLS COMA, Martín: "El principio de buena administración y la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas", en AA.VV., *El Tribunal de Cuentas en España*, Volumen I, Dirección General de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, p. 265.

jurídicamente hablando, con las mismas connotaciones que ha ido adquiriendo y se le han ido precisando, a la luz de la sustanciación que se le ha dado a partir de la segunda mitad del siglo XX y lo que va del XXI, en especial en las consagraciones positivas que ha tenido.

No nos cabe dudas de que ha de encontrarse una gran riqueza y diversidad cuando se trata de indagar sobre los antecedentes de la presencia o aplicación de la noción de *buena administración* (y de *mala administración*) en el campo jurídico, especialmente en lo que hace al panorama del Derecho Público europeo del siglo XIX y principios del XX. Una riqueza y diversidad que apunta a reforzarnos el sentimiento de que, tal como se ha ido proyectando el tema de la *buena administración* dentro del contexto jurídico actual, es un tópico cuya presencia no es algo que se haya descubierto del todo ahora, ni su enarbolación e identificación como *principio* resulta de los días actuales,<sup>30</sup> ni siquiera la denominación de *buena administración* es nueva.<sup>31</sup>

Creemos que es válido sostener que en el espacio del siglo XIX está el germen primario, el estadio más primitivo, de la construcción de lo que va resultando hoy el régimen jurídico de la *buena administración*, entendida esta como *principio* de la Administración pública, como *deber* de ella, o como *derecho*

<sup>30</sup> Joaquín TORNOS MAS es de los que ha considerado que la buena administración se nos presenta como un nuevo principio rector de la actuación de las administraciones públicas; o como un principio de reciente creación. Ver: TORNOS MAS, Joaquín, *El derecho a una buena administración*, Sindicatura de Greuges de Barcelona, Barcelona, 2007, pp. 14 y 17, disponible en [http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio\\_es.pdf](http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf),

<sup>31</sup> Desde la perspectiva actual, y a la luz del Derecho de la Unión Europea (artículo Carta de Niza de 2000), quizás la novedad está en la denominación de *derecho de buena administración* o *derecho fundamental a la buena administración*, es decir, llamarle *derecho* o articular una fórmula nominativa, pero no ciertamente la expresión *buena administración*, que como iremos viendo más adelante es de vieja data como recurso nominativo con valor de uso dentro del universo *iuspúblico*. Por ejemplo, para resaltar la línea de quienes ven novedad en el uso de la fórmula buena administración, Miguel Antonio GUEVARA QUINTANILLA ha aseverado: "(...) el hablar de buen gobierno o buena administración, nos introduce a terminología novedosa y que implica una serie de compromisos no solo institucionales sino personales. (...)"; GUEVARA QUINTANILLA, Miguel Antonio, *El derecho a la buena administración*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2010, p. 41.

atribuido a los ciudadanos o administrados, según se maneja en el actual universo jurídico-administrativo.

Lo que se ha hecho, en definitiva, en el contexto jurídico más actual, no es innovar la *buena administración*, sino dotarla de definitiva visibilidad y potenciarla, ir confiriéndole paulatinamente configuración y contenido jurídicos; advirtiéndose mejor, delineándose, reforzándose, desplegando las posibles consecuencias que implica en diversos ámbitos de la Administración Pública. En fin, lo que se ha hecho en los últimos lustros es revitalizarla, consolidarla, potenciarla, y otorgarle una nueva dimensión como pilar del orden jurídico administrativo que se desenvuelve por estos días. Pero, todo ello, al igual que cualquier fenómeno jurídico, como resultado de un proceso evolutivo que se ha forjado al calor de la marcha y transformaciones del espacio *iuspúblico*.

El proceso evolutivo de la juridificación de la noción de *buena administración* no ha sido sencillo y como todo proceso pueden identificarse en él varios momentos. Ya hemos aludido a una etapa primaria que alcanza el siglo XIX y quizás algo de lo primero de la centuria posterior.

Es con el siglo XX y su avance hacia una nueva etapa, que la noción de *buena administración* ha de conocer un camino de franco ascenso y tecnificación, jurídicamente hablando, tanto en lo teórico como en lo práctico. Hasta poco más de la primera mitad de esa centuria, la obra escrita del francés Maurice HAURIUO<sup>32</sup> y la consagración positiva del *buon andamento* en la letra del artículo 97 de la Constitución de Italia de 1947,<sup>33</sup> junto a

---

<sup>32</sup> Es en, y a través de, sus memorables comentarios a la jurisprudencia administrativa donde va resaltando en el maestro de Toulouse, de manera expresa, el uso de la idea de la *buena administración* como noción con consecuencias técnico-jurídicas más precisas; un uso que numéricamente es frecuente en esos comentarios. Ver esos comentarios recogidos en: HAURIUO, Maurice, *La Jurisprudence Administrative de 1892 à 1929, D'après les notes d'arrêts de Recueil Sirey réunies et classées par André HAURIUO*, 3 tomos, Librairie du Recueil Sirey (Société Anonyme), Paris, 1929 (Nouveage tirage 1931).

<sup>33</sup> El artículo 97 indicado se coloca dentro de la Constitución italiana de 1947 en la Parte II: "*Ordinamento della Repubblica*"; Título II: "*Il Governo*"; Sección II: "*La Pubblica Amministrazione*". Y quedó redactado de la siguiente manera: "*Il pubblici uffici sono organizzati*

los análisis de algunos doctrinantes de este último país, que se produjeron antes y unos años después de la entrada en vigencia de esa norma constitucional,<sup>34</sup> han de tenerse como hitos esenciales e insoslayables en esta nueva etapa que comprendió la marcha de la idea de *buena administración* en pos de su necesaria juridificación.<sup>35</sup>

Hacia el último cuarto del siglo XX y la primera década del XXI, el tema de la *buena administración* (o la *mala administración*) va trascendiendo definitivamente de los ordenamientos jurídicos nacionales que, de un modo u otro, lo reflejaban con cierto cariz jurídico,<sup>36</sup> para entrar en una nueva e importantísima fase en su construcción jurídica, esta vez de la mano, en especial, de las transformaciones y exigencias que ha de ir imponiendo el proceso de integración europeo. En este período mencionado, se ha de cifrar un momento importante en el

---

*secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*

*Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.*

*Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso salvo i casi stabiliti dalla legge.”.*

<sup>34</sup> V. gr., los importantes trabajos de: RESTA, Rafaella, “L'onere di buona amministrazione”, en AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Volume II, *Diritto Amministrativo*, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1940, pp. 105 y sigs.; y FALZONE, Guido, *Il dovere di buona amministrazione*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1953.

<sup>35</sup> No puede olvidarse aquí a la Constitución uruguaya de 1952 que incluía específicamente la expresión *buena administración* (en la italiana figuraba el *buon andamento*) en la letra del artículo 311, el cual quedaba comprendido dentro del Capítulo II, Sección XVII “De lo contencioso administrativo”, y tenía esta redacción en su primer párrafo: “Cuando el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte.”; mientras que en el segundo párrafo de disponía: “Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos.”.

<sup>36</sup> Además de lo que hasta aquí hemos expuesto, véase, entre otros, las referencias que aportaba PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, S.A., Valladolid, 2001, pp. 142 y 143.

redondeo, desarrollo y evolución de la *buena administración* como noción jurídica, donde han desempeñado un rol determinante ciertos instrumentos jurídicos comunitarios europeos que han consagrado jurídicamente a la *buena administración*,<sup>37</sup> incluso en la nueva perspectiva de un derecho (artículo 41 de la Carta de Niza de 2000), y no solo desde la percepción de una regla, principio o deber jurídicos; y la jurisprudencia europea.<sup>38</sup> Esto ha servido, a su vez, como influencia y exigencia de ajustes e interpretaciones para los ordenamientos nacionales que quedan comprendidos dentro del espacio de integración comunitario del «Viejo Continente» – todo eso debe interpretarse dentro de ese proceso de integración -. E, incluso, la trascendencia ha traspasado los límites espaciales de Europa, y ha generado influencia para otros ordenamientos jurídicos

<sup>37</sup> Una autora como Susana TAVARES DA SILVA considera que: “O princípio da boa administração é originário dos Tratados que instituíram a CEE, não resultando, (...), de uma “criação jurisprudencial”.”. TAVARES DA SILVA, Susana, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, p. 27.

<sup>38</sup> Ha dicho CARRILLO DONAIRE que: “La primera vez que el TJCE aludió expresamente al principio de buena administración fue en su sentencia *Industrias Siderúrgicas asociadas c. las Alta Autoridad*, de 11 de febrero de 1955 (As. 4/54) donde se pronunció sobre la obligación de motivar las decisiones de la Alta Autoridad como un deber derivado de las reglas de la buena administración. Poco después, el 10 de mayo de 1960, el Tribunal dictó tres sentencias, también en casos relativos a ciertas actuaciones de la Alta Autoridad de la CECA (As. Acum. 3/58 a 18/58, 19/58 y 27/58 a 28/58, respectivamente), en los que se pronunció sobre la obligación de resolver en un tiempo razonable como una vertiente integrante del derecho a una buena administración.”. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, ob. cit., p. 1140, nota 3. También lo apuntaba: YENG-SENG, Wanda, “Le Médiateur européen, artisan du développement du droit à une bonne administration communautaire”, en *Rev. trim. dr. h.*, 58/2004, p. 529, disponible en <http://www.rtdh.eu/pdf/2004527.pdf>. TRIDIMAS apuntaba que el tribunal europeo ha puesto atención al principio del buen gobierno o buena administración desde 1976, aunque con más sistemáticamente desde la década de los noventa. En su percepción: “Su elevación a un principio general coincide con el crecimiento y el incremento de la diversidad de la Comunidad administrativa, que permite a los tribunales comunitarios elaborar estándares de buen gobierno y responsabilidad.”. En su estudio, este autor aporta una perspectiva global del principio de buena administración en el contexto de la jurisprudencia europea, advirtiendo que, de inicio, la jurisprudencia más antigua aludía a que la administración debería ser «adecuada» y «buena», pero la más reciente utiliza el principio de «buena administración». TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 410 y sigs.

fuera de ese perímetro geográfico, como es el caso latinoamericano, donde se ha ido recibiendo e incorporando los resultados conceptuales de la evolución jurídica en torno a este tema de la *buena administración*.

Como puede verse, para llegar al sentido que se aprecia hoy en la noción jurídica de *buena administración*, se ha dado un viaje de ida y vuelta entre ordenamientos nacionales europeos y el Derecho Comunitario de Europa.

Cuando se trata de realizar una aproximación o determinación del concepto de *buena administración* en lo jurídico, algunos de los autores que se han ocupado del tema en estos tiempos, han advertido que un camino necesario para llegar a él ha de ser su contraposición con la noción de *mala administración*,<sup>39</sup> la cual ha tenido igualmente una relevancia jurídica insoslayable (especialmente en el Derecho anglosajón<sup>40</sup>) para el ámbito del Derecho Público.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Recordaba Jacob SÖDERMAN, primer Defensor del Pueblo Europeo, que "Al principio de mi primer mandato, el Parlamento Europeo me pidió que definiera el concepto de "mala administración". (...)."; SÖDERMAN, Jacob: "El derecho fundamental a la Buena administración", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, No. 214, 2001, pp. 8 y sigs. (disponible como "El derecho fundamental a la buena administración" - Discurso pronunciado por el Defensor del Pueblo Europeo, Jacob SÖDERMAN - Ciclo de Conferencias: El papel de los Defensores del Pueblo en un mundo en transición, Mallorca, España, 28 de mayo de 2001, en <http://www.ombudsman.europa.eu/es/activities/speech.faces/es/296/html.bookmark>. La definición de *maladministration* que se propuso por el Ombudsman europeo y que fue aceptada, acogía: "*Maladministration occurs when a public body fails to act in accordance with a rule or principle which is binding upon it.*". SÖDERMAN, Jacob, "Speech of the European Ombudsman...", ob. cit.

<sup>40</sup> A tenor de la emergencia de la *maladministration* con significación técnica o en su utilización como concepto jurídico, específicamente en Gran Bretaña, donde autoridades políticas y autores desempeñaron un papel determinante en esto, un autor precisaba, poco tiempo después de haberse adoptado, en ese país la famosa *Parliamentary Commissioner Act* de 1967, por la que se creaba un *Parliamentary Commissioner for Administration* u *ombudsman* inglés: "*“Nobody can define maladministration in plain terms,” said Sir Edmund Compton, the first British Parliamentary Commissioner for Administration or Ombudsman. It may be difficult to define, but most of us believe that we could recognize an example of it, if we saw it. We can describe it by examples. We know what it is, but we are quite ready to admit that we might find ourselves in disagreement with other people about whether or not a particular case was an example of maladministration. We would admit also that there might be a vague and uncertain*

## En consideración del alemán Siegfried MAGIERA:

“Una primera definición de buena administración, se puede obtener diferenciando esta de una deficiente administración. Una administración deficiente se caracteriza por una violación de las reglas o principios que son vinculantes para la administración. Una buena administración incluye por lo tanto el cumplimiento de todos los requisitos legales y otros mandamientos, tanto en el área interna como externa, de las relaciones con los ciudadanos y otras partes interesadas”.<sup>42</sup>

---

*boundary surrounding the areas of maladministration. (...)”.* WHEARE, K. C., *Maladministration and its remedies*, Stevens & Sons, London, 1973, p. 6. Como dato al respecto, podemos señalar que en el *First Annual Report of the Northern Ireland Commissioner for Complaints, de 1970*, parágrafo 20, se decía que la *maladministration* era una: “(...) *administrative action (or inaction) based on or influenced by improper considerations or conduct. Arbitrariness, malice or bias, including discrimination, are examples of improper considerations. Neglect, unjustifiable delay, failure to observe relevant rules and procedures, failure to take relevant considerations into account, failure to establish or review procedures where there is a duty or obligation on a body to do so, are examples of improper conduct.*”. Citado por: WHEARE, K. C., ob. cit., p. 11.

<sup>41</sup> Destacaba Marcos GÓMEZ PUENTE que “(...) el concepto de mala administración aglutina inicialmente un conjunto de conductas administrativas (acciones u omisiones) que aun soportando o eludiendo con éxito el control formal de legalidad propuesto por un sistema de garantías deficiente e inacabado resultan «injustas». Esta alusión al «injusto» que resulta de la doctrina y el derecho positivo ingleses no supone una valoración preconcebida de la Justicia, con connotación iusnaturalista, sino que viene referida al conjunto de principios formales, valores materiales y reglas de buena administración que resultan del Derecho inglés positivo y consuetudinario; lo injusto, en consecuencia, equivale aquí a lo antijurídico”. Más adelante, este autor enseñaba: “(...) La mala administración es, por tanto, un concepto que aglutina una serie de conductas administrativas variopintas, de diferente naturaleza y efectos, cuya validez formal no puede contrastarse adecuadamente a través de causes ordinarios de control de la actividad administrativa, bien porque no sea posible emplazarlas ante las instituciones de control, bien porque la actuación de éstas resulte ineficaz”. GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, 4ª edición, Thomson Reuters (Legal) Limited, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 64 y 65.

<sup>42</sup> MAGIERA, Siegfried, “El derecho a una buena administración en la Unión Europea”, texto traducido por Mario KOLLING, y revisado con la colaboración de María Jesús MONTORO, contribución basada en el comentario del autor al art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en: MEYER, Jürgen, (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, NomosKommentar, Baden-Baden, 3. Edición 2011, pp. 518-528, disponible en [http://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/col\\_leccio\\_materials/26\\_les\\_administracions\\_en\\_perspectiva\\_europea/8\\_magiera/08-magiera\\_tradcast.pdf](http://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/col_leccio_materials/26_les_administracions_en_perspectiva_europea/8_magiera/08-magiera_tradcast.pdf). Carmen María ÁVILA

Lo mismo puede decirse para la fijación de la *mala administración*, en relación con la *buena administración*.<sup>43</sup> Afirmaciones de este tipo traen causa del propio desarrollo jurídico del universo de la Administración Pública, donde la necesidad de enfrentar, desde antiguo, la *mala administración* (*maladministration*, *mauvaise administration*)<sup>44</sup> y de proveer a

---

RODRÍGUEZ comentaba que “Hablar de buena administración conlleva preguntarse por lo que sea la mala administración. (...)”, en ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María, *La Tutela Parlamentaria de la buena Administración. Perspectiva Estatal y Autonómica de los Comisionados Parlamentarios*, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 168.

<sup>43</sup> CARMONA Y CHOUSAT, por ejemplo, sostenía que en “(...) el problema del significado concreto de lo que sea *mala administración*. Valga para ello provisionalmente la interpretación (...), como concepto opuesto a la *buena administración* o administración diligente. (...)”. Luego este autor diría que eran “(...) correctas las posiciones que defienden que existe un concepto de «buena administración» definido por la jurisprudencia (...), que podría *a sensu contrario* identificar un concepto de *mala administración*”. CARMONA Y CHOUSAT, Juan Francisco, *El Defensor del Pueblo Europeo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pp. 206 y 316. En las palabras de PONCE SOLÉ: “(...) La *mala administración* puede ser entendida, (...) como el antagónico de la buena administración, el negativo de este concepto, su contrapuesto, que precisamente por serlo, revela, al ponerlo al trasluz, la existencia de ese deber de buena administración (...)”. PONCE SOLÉ, Juli, ob. cit., p. 134.

<sup>44</sup> En importantes escritos de Alexis DE TOCQUEVILLE, en pleno período decimonónico, es factible encontrar la inclusiones de la expresión *mala administración* en más de un momento; si bien en un sentido común y no propiamente jurídico. Según DE TOCQUEVILLE: “*Les fonctionnaires publics, dit la constitution du Massachusetts, seront condamnés pour la conduite coupable qu’ils auront tenue et pour leur mauvaise administration. Tous les fonctionnaires qui auront mis l’État en danger, par mauvaise administration, corruption, ou autres délits, dit la constitution de Virginie, pourront être accusés par la chambre des députés.*”; DE TOCQUEVILLE, Alexis, *De la démocratie en Amérique*, Tome premier, Quatorzième édition, Michel Lévy Frères, Librairie Éditeurs, Paris, 1864, en *Ouvres complètes d’Alexis de Tocqueville*, Tomo I, publiées par Madame DE TOCQUEVILLE (et Gustave DE BEAUMONT), Tome premier, Imp. Simon Raçon et comp., Paris, 1864, p. 183. En otro momento de esta obra, DE TOCQUEVILLE sostuvo: “*La mauvaise administration d’un magistrat, sous la démocratie, est d’ailleurs un fait isolé qui n’a d’influence que pendant la courte durée de cette administration. La corruption et l’incapacité ne sont pas des intérêts communs qui puissent lier entre eux les hommes d’une manière permanente.*”. En otra gran obra, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, DE TOCQUEVILLE colocaba el siguiente comentario en la nota correspondiente a la referencia sobre “La decadencia de las ciudades libres en Alemania. Ciudades imperiales”: “Internamente se hallan abrumadas por tantas deudas; éstas obedecen, por una parte, a que aún se les continúa imponiendo gravámenes del Imperio, de acuerdo con su antiguo esplendor, y, por la otra, a que están muy mal administradas. Pero lo que resulta más sorprendente es que esta mala administración parece depender de una enfermedad secreta, común a todas ellas, independientemente de su forma

la *buena administración*,<sup>45</sup> han sido puestas de relieve ganando en intensidad, en conciencia y en búsqueda de soluciones, ora apuntando a un sentido (enfrentar la *mala administración*), ora apuntado al otro (proveer a la *buena administración*).<sup>46</sup>

No les falta razón a los autores que así se han pronunciado, si nos atenemos a la conexión que existe entre *buena administración* y *mala administración*. Una de las conclusiones que podemos sacar en claro, en relación con todo lo dicho hasta aquí, es que *buena administración* y *mala administración*,

---

de organización, sea ésta aristocrática o democrática, da lugar a quejas si no idénticas, por lo menos igualmente enérgicas; se dice que, aristocrático, el gobierno es camarilla de un reducido número de familias: el favor y los intereses particulares lo pueden todo; democrático, la intriga y la venalidad imperan en todas partes. En ambos casos el ciudadano se queja de falta de honestidad y de desinterés por parte de los gobiernos. El emperador se ve obligado a intervenir constantemente en sus asuntos para intentar restablecer el orden. Las ciudades se van poblando y se hunden en la miseria. (...).". DE TOCQUEVILLE, Alexis, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, traducción de Jorge FERREIRO, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1996, p. 308.

<sup>45</sup> Sirvan como ilustración estas ideas de VIVIEN, quien reflexionaba: "'(....). Es verdad, sin duda, que el interés de la sociedad domina todos los otros; pero es falso que se la sirva olvidando todas las reglas de una buena administración. La justicia, la observancia de las leyes, el estudio concienzudo y desinteresado de las necesidades públicas y de los medios de satisfacerlas, tal es la verdadera misión de una sabia política. Por su medio, los pueblos se aficionan á sus gobiernos: á los administradores imparciales, equitativos y celosos, no les faltaron jamás la confianza y la simpatía; mientras que los favores individuales se encierran en el estrecho círculo de los que los obtienen, y el gobierno, por un pequeño número de criaturas comúnmente ingratas, atrae sobre sí las quejas de las ambiciones privadas que no ha satisfecho, y el descontento general. Por una feliz combinación, la virtud no es únicamente una obligación moral, sino que lo mismo para los gobiernos que para los particulares, es también un cálculo bien entendido.'" VIVIEN, *Estudios Administrativos*, Tomo I, Traducidos de la última edición francesa por don Antonio HERNÁNDEZ AMORES y don Juan LÓPEZ SOMALO, Imprenta de Luis García, Madrid, 1854, p. 26.

<sup>46</sup> Mariano BAENA DEL ALCÁZAR hubo de considerar, unos años atrás, que la idea de *buena administración* proviene de un contrapunto que se daba con la de *mala administración* que provenía del Tratado de Maastricht de 1992 (artículo 195.1 del Tratado consolidado) y del enunciado negativo que de esta se hizo en el Informe Anual de 1997, del Defensor del Pueblo Europeo. Así, para este profesor y magistrado judicial "(...), a partir de este enunciado negativo se ha concretado qué se entiende por "*buena administración*", (...).". BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, "Sobre la idea europea de "*buena administración*"", en *Noticias de la Unión Europea*, No. 247-248, Monográfico, *La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Derecho Comunitario europeo*, Año XXI, Agosto-Septiembre de 2005, Madrid, p. 61.

señalan las dos caras que puede presentar el quehacer administrativo (público); son, por tanto, la faz positiva y la faz negativa, respectivamente, de ese fenómeno. Así las cosas, hay *buena administración* cuando la Administración Pública se conduce ajustándose fielmente a las normas, los principios y los valores que determinan su proyección organizativa y funcional y procura sus fines existenciales de un modo pleno y cabal; mientras, estaríamos frente a una expresión de *mala administración* cuando, en su actuación, la Administración Pública se aparta, en la medida que fuere, de esas normas, principios y valores, y sus fines no son rectamente cumplidos.

Un punto interesante a hacer valer acá, es que la diversa normativa jurídica que ha consagrado la expresión *buena administración*, de ordinario, no ha contenido una definición de la misma con cierta vocación de acabado o precisión (tampoco lo ha hecho la jurisprudencia), sino que la ha proyectado más bien desde posibles implicaciones en concreto o compendiando o especificando posibles elementos en los que se concreta particularmente o parcialmente como fenómeno más general.

Un típico ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 41 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (o Carta de Niza) de 2000, donde, a partir de lo dispuesto en su letra sobre el «derecho a una buena administración» y de las particularizaciones que allí se hacen de lo que este derecho incluye, la noción de *buena administración* estaría asociada en ese texto al tratamiento de los asuntos de los ciudadanos «de forma imparcial, equitativa y dentro de un plazo razonable».<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> A la vista de un panorama de ese tipo, hubo de poder decir Beatriz TOMÁS MALLÉN, desde el contexto comunitario europeo del primer lustro de este siglo XXI: "Salvo en algunas materias aisladas (como la publicidad o la motivación de los actos de las instituciones comunitarias), los Tratados comunitarios no ofrecen criterios positivos sobre las pautas que han de impregnar la buena administración a escala de la Unión Europea. Antes bien, se enfoca la actuación administrativa de las instituciones y órganos comunitarios en clave negativa o, a lo sumo, por vía deductiva, esto es: ya sea bajo la perspectiva de la supervisión por parte del Defensor del Pueblo europeo de los casos de «mala administración», ya sea bajo el ángulo de las manifestaciones de «buena administración» que se derivan del general principio del

O en el tercer párrafo del preámbulo de la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, aprobada en 2013, que, con clara influencia de la Carta de Niza y de cierto segmento del pensamiento europeo al efecto, destaca sobre la idea de *buena administración*, que es

“(…) aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. *La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable.*”.

Ahora bien, más allá de la realidad práctica que ha podido rodear al tema, la doctrina jurídica – como es dable colegir –, desde pioneros trabajos que se han ocupado de este tópico, ha intentado proveer, de un modo u otro, un concepto de *buena administración* desde el plano de lo jurídico. En ello, claro está, se han sorteado debates, dados en contextos nacionales (interesante en esto son los casos italiano<sup>48</sup> y uruguayo<sup>49</sup>) y

---

Estado de Derecho que gobierna el funcionamiento de la Unión Europea como Comunidad de Derecho.”. TOMÁS MALLÉN, Beatriz, *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, pp. 68 y 69.

<sup>48</sup> A tenor de la mención expresa al *buon andamento* o *principio de buon andamento* en el artículo 97 de la Constitución de 1947, que se ha identificado – no sin polémica – con la *buena administración* o *principio de buena administración*. Para BALLADORE-PALLIERI, por ejemplo, era aquella una regla general sin sentido jurídico; ver: BALLADORE-PALLIERI, G., *La nuova costituzione italiana*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1948, nota 164. En este orden ideas recordaba CORSO que: “*Nei primi anni di vita della Costituzione alla clausula di buon andamento fu negato ogni valore giuridico. Si retenne chi e padri fondatori avessero voluto esprimere un augurio o un auspicio ma non un principio giuridicamente vincolante.*”. CORSO, Guido, *Manuale di Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 35.

<sup>49</sup> En razón de la presencia de la expresión *buena administración* en el artículo 311 de la Constitución de 1952; y donde pueden verse criterios como los de: JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución del Uruguay de 1952*, Tomo IV, Editorial Organización Medina, Montevideo,

supranacionales,<sup>50</sup> sobre si es o no una noción con sustancia o sentido jurídico; o sobre cuánto de jurídico hay en ella.<sup>51</sup> También, sin perder de vista circunstancias como que la misma entraña necesariamente cierto espacio de generalidad, imprecisión y apertura;<sup>52</sup> y que ha sido enfocada y hasta consagrada desde diversos ángulos formales (como *principio*, como *derecho*,<sup>53</sup>

---

s/f, p. 957; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Impreso en los talleres gráficos de la editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1952, pp. 96 y sigs. (apartado de la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo*, Año III, No. 1); SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Impreso en los talleres gráficos de la editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1959, p. 595 y la nota 4 de esa misma página; DÍAZ PELUFFO, Zola, *El Recurso Contencioso Administrativo. Su reestructuración básica*, Impreso en los talleres gráficos de la editorial Martín Bianchi Altuna, Distribuidor Exclusivo Librería Amalio M. Fernández, Montevideo, 1960, pp. 41 y sigs., y 327 y sigs.

<sup>50</sup> Según Mario P. CHITI, hasta el Tratado de la Unión Europea se discutió si las frecuentes referencias al principio de buena administración en la jurisprudencia comunitaria se referían a un verdadero y propio principio general y no sólo a una variedad del principio de legalidad; incluso no faltaban quienes ponían en discusión la juridicidad del principio; ver: CHITI, Mario P., *Derecho Administrativo Europeo*, Traducción de Luis ORTEGA, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2002, p. 250. En este sentido pueden ser ilustrativas las siguientes referencias de NEHL, Hanns Peter, "Good administration as procedural right and/or general principle?", en HOFMANN, Herwig C.H. y TÜRK, Alexander H. (Edited by), *Legal Challenges in EU Administrative Law. Towards an Integrated Administration*, Edward Elgar, Cheltenham, UK - Northampton, MA, USA, 2009, p. 328.

<sup>51</sup> Se ha dicho por una autora que la *buena administración* es un concepto de una naturaleza más moral que jurídica y que cubre un mayor número de incorrecciones que las susceptibles de ser controladas por el juez. Ver: STEENBERG KOLZE, Anna, *Le Médiateur Européen*, CEDRE, Rennes, 1995, p. 78.

<sup>52</sup> Según planteaba AZOULAI: "(...) De hecho, el término de buena administración es constantemente ambiguo en Derecho Comunitario, indicando no solamente una fuente general de protección y un estado ideal del Derecho sino designa igualmente una forma particular de protección procedimental vinculante. Seguramente esta ambigüedad no está desprovista de virtud. Aparecida discretamente en la jurisprudencia, a la sombra de garantías más conocidas y mejor circunscritas, como los derechos de defensa y la obligación de motivación, las obligaciones de buena administración se han beneficiado de la autoridad de estos últimos para extenderse y elevarse en el seno del Ordenamiento jurídico comunitario, hasta el punto que parece difícil hoy día asignarles límites." AZOULAI, L., "Le principe de bonne administration", en AUBY, Jean-Bernard y DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline (sous la direction de), *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 495.

<sup>53</sup> Es el caso del artículo 41 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (o Carta de Niza) de 2000. En el marco latinoamericano, el brasileño Juárez FREITAS

como *deber*<sup>54</sup> o desde esa triple perspectiva<sup>55</sup>), no sin darse recelos técnico-jurídicos en razón del resultado propuesto.<sup>56</sup>

---

ha conceptualizado el *direito fundamental à boa administração* pública como el "(...) *direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. (...)*". FREITAS, Juarez, *Direito fundamental à administração pública*, 3ª edición, refundida e aumentada, Malheiros Editores LTDA, São Paulo, 2014, p. 21.

<sup>54</sup> Por ejemplo, de tantos otros que pueden convocarse, desde Portugal REBELO DE SOUSA y SALGADO DE MATOS le han referido como "(...) *dever de prosseguir os interesses públicos legalmente definidos de melhor maneira possível*". REBELO DE SOUSA, Marcelo y SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, *Introdução e princípios fundamentais*, 3.ª edición, reimpressão, Publicações Dom Quixote (Uma editora do Grupo LeYA), Alfragide, 2010, p. 209.

<sup>55</sup> En esto puede convocarse el sexto párrafo del preámbulo de la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública*, aprobada en 2013, cuando recoge: "La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana.". Desde la perspectiva de los autores, el uruguayo DURÁN MARTÍNEZ resultaba enfático al sentenciar: "(...), la buena administración es un principio, es un deber y es un derecho.". DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La buena administración", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, p. 393.

<sup>56</sup> Ver, por ejemplo: PEGORARO, Lucio, "¿Existe un derecho a una buena administración? (Algunas consideraciones sobre el ab(uso) de la palabra "derechos")", en ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (coordinadores), *El derecho a una buena administración y ética pública*, Fundación General de la Universidad de Málaga, Málaga.es diputación, Defensor del ciudadano/a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 17 y sigs. A tenor de lo que resultara en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (o Carta de Niza) de 2000 sobre el «derecho a una buena administración», comentaba que: "(...) El resultado final es un supuesto derecho que constituye toda una mezcla de derechos, de principios generales del Derecho, de principios rectores y de meros criterios de actuación. Una suerte de supraconcepto o, mejor aún, de término (por carecer de contenido propio) que englobaría derechos en cuanto principios generales.". FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, "Del «derecho

Colocando las perspectivas formales a un lado, no pocas definiciones de lo que es *buena administración* figuran en los postulados de la doctrina jurídica en diversos lugares. Por lo que de su noción se ha dejado constancia por los autores, ya en fórmulas más sintéticas, ya en conceptos con mayor vocación descriptiva; o ya en fórmulas más antiguas, ya en otras ajustadas más a la realidad operativa actual que rodea al fenómeno jurídico de *la buena administración*; o ya en criterios más abarcadores o en otros más estrechos o limitados en su contenido. Por supuesto, esto denota, además de la clara evolución que sufre todo fenómeno de ese tipo por la fuerza de la realidad y el tiempo, la preocupación del pensamiento *iusadministrativo*, manifestado en diferentes momentos, por sentar un punto de partida gnosológico para este fenómeno; más allá de las claras dificultades que resulta la empresa de pretender contornearlo con meridiana precisión, por la misma carga y vocación de indeterminación que trasunta un término como el de *buena administración*.

Provechoso puede ser repasar algunas nociones de *buena administración* dadas por los autores.

El italiano Raffaele RESTA es uno de los clásicos al efecto, habiendo señalado que

*“Buona amministrazione esprime un concetto finale: è l’attività amministrativa perfettamente adeguata, nel tempo e nei mezzi, al fine specifico da raggiungere.”*<sup>57</sup>

---

a la buena administración» al derecho de la Administración europea”, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, No. 51/2014, *Buena administración en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Europeos, Bilbao, p. 25. Puede verse también lo que sostenía este autor en FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, “El derecho a la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, No. 15, 2<sup>do</sup> semestre, 2008, Madrid, p. 151.

<sup>57</sup> RESTA, Raffaele, ob. cit., p. 128. En otro clásico del Derecho Administrativo italiano sobre este tema, se puede leer: “Quando di «buona amministrazione» si parla, in riferimento all’esercizio di una funzione, si vuole, pertanto, desinare quell’attività che, nello svolgimento di questa, riesca a curare quanto più completamente e convenientemente gli interessi che della medesima costituiscono oggetto; si esprime altresì un concetto finale, nel senso di azione o attività finalisticamente considerata, in quanto solo attraverso una buona amministrazione, si

Dentro del Derecho Público uruguayo, y latinoamericano en general, un precursor de la cuestiones relacionadas con la *buena administración* fue Héctor GIORGI, quien desde la década de 1950 llamara la atención sobre el concepto de *buena administración* en ese contexto, desplegando además interesantes esfuerzos por fijar el sentido de la misma a la luz del texto constitucional de su país, datado en 1952 (texto pionero en contener, artículo 311, en su letra, expresamente, el término *buena administración*).<sup>58</sup> GIORGI, influido por los planteamientos de los italianos RESTA y FALZONE,<sup>59</sup> asumía que *buena administración*

“(…) significa perseguir los fines objeto de la función pública, del modo más idóneo y más conveniente”. Esto es, la actividad debe cumplirse en la forma más oportuna y más adecuada para la obtención de aquellos fines.”<sup>60</sup>

En un estudio más actual, Rhita BOUSTA concluía que

“À notre sens, la notion de bonne administration signifie l’adaptation équilibrée des moyens dont dispose l’administration. (...)”<sup>61</sup>

---

*può ottenere il soddisfacimento del fine insito nella funzione medesima, la tutela cioè di un particolare interesse. (...)”.* FALZONE, Guido, ob. cit., p. 64

<sup>58</sup> De GIORGI son importantes en esta dirección: *El Contencioso Administrativo de Anulación*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de La República, Impreso en los talleres gráficos de la editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1958; “El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya”, publicado originalmente en la revista *La Justicia Uruguaya*, Tomo 43, 1961, Montevideo, pp. 145 y sigs., e incluido luego su obra recopilatorio de algunos trabajos, *Escritos jurídicos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1976, pp. 77 y sigs.; y “Acatamiento del Estado a los principios y deberes jurídicos de la buena administración”, en GIORGI, Héctor, *Estudios de Derecho Administrativo*, Ingranusi Ltda, Montevideo, 1998.

<sup>59</sup> Ver: GIORGI, Héctor, “El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena administración en la Constitución uruguaya”, en GIORGI, Héctor, *Escritos jurídicos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1976, pp. 91 y 92.

<sup>60</sup> GIORGI, Héctor, “El mérito...”, ob. cit., p. 92. También puede verse: GIORGI, Héctor, *El Contencioso Administrativo...*, ob. cit., p. 47.

<sup>61</sup> BOUSTA, Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en Droit Public*, L’Harmattan, Paris, 2010, p. 461.

En una formulación más extendida y descriptiva, escribía DURÁN MARTÍNEZ que

“La *buena administración* significa elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente, acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías.”<sup>62</sup>

Para un estudioso caracterizado en los temas de *buena administración*, como lo es el profesor español JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ:

“Una buena Administración pública es aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia. Es decir, una Administración pública que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general. Un interés general que en el Estado social y democrático de Derecho reside en la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas.”<sup>63</sup>

<sup>62</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Buena administración y debido procedimiento”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel/ PÉREZ HUALDE, Alejandro/ VÁZQUEZ VIERA, Emilio/ y FARRANDO, Ismael (Coordinadores), *Derecho administrativo iberoamericano. Contratos administrativos. Servicios públicos. Acto administrativo y procedimiento administrativo. Derecho administrativo ambiental. Limitaciones a la libertad*, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones Rap, S.A., Buenos Aires, 2011, p. 790; también en: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La buena administración”, ob. cit., p. 175.

<sup>63</sup> Entre los varios trabajos que este profesor español ha dedicado al tema: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “El derecho fundamental a la buena administración pública”, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime y BÉJAR RIVERA, Luis José (coordinadores), *El Derecho Administrativo en Iberoamérica en homenaje al profesor Mariano Brito*, Tomo I, Universidad Panamericana, Espress. Especialistas en Responsabilidades S.C., México, D.F., 20015, p. 568.

En definitiva, hablar de *buena administración*, es, ante todo, referirse a una evaluación o valoración positiva del desenvolvimiento objetivo o material del fenómeno administrativo, atendiendo a los criterios que prevén cómo debe realizarse. De ahí que, en ello, se evoca la consideración de parámetro objetivos previamente fijados o determinados en función de ciertos fines, cuyo cumplimiento ha de señalar entonces la consideración positiva de dicho fenómeno en su concreción o realización material.

Llevando ese rápido razonamiento al plano jurídico de la Administración Pública, la *buena administración pública* ha de ser el estado que resulta del buen hacer administrativo, y ese buen hacer deriva de una buena proyección y del ajuste y cumplimiento, por parte de la Administración Pública, de ciertos parámetros jurídicamente trascendentes, que son los que marcan sus modos de proceder y el alcance de sus finalidades; esto es, marcan la existencia y el uso de sus medios y el alcance de sus fines generales. Por lo tanto, ha de darse la *buena administración* cuando se han empleado bien los medios en la actuación administrativa y se ha llegado, por esa vía, al correcto cumplimiento de los fines a los que esos medios han de servir, todo ello dentro del marco jurídico existente, que ha de estar inspirado en valores y principios que garanticen y conduzcan a la plena realización del hombre social e individualmente considerado. En fin, que *buena administración*, no sugiere otra cosa que hacer las cosas bien en lo administrativo, dentro de un marco jurídico que propicie ese buen hacer.

En nuestra opinión, la *buena administración*, como noción jurídicamente relevante, ha de involucrar la idea de un accionar administrativo público que se efectúe del modo más óptimo posible y que alcance, por esa vía, también de forma óptima, el fin (general) que determina dicho accionar, todo ello dentro de un orden jurídico que sea realmente cause de determinación y garantía de esa realización.

Igualmente, hay que anotar que la *buena administración pública* no implica sino la *buena gestión de los intereses*

*generales*, en lo que ha de estar implícito, de suyo, el respeto a los derechos de los ciudadanos o administrados – de lo contrario esa gestión no podría entenderse como *buena* -. Realizar los intereses públicos, sin provocar la ruptura del equilibrio que debe guardarse en esa realización con la promoción y salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos, ha de ser un planteamiento fundamental que se coloca en la base misma de la idea de *buena administración pública*. Lo cual indica, entonces, que el contenido de esta última noción, y sus manifestaciones concretas, deba conciliar – y trasuntar - ambas esferas, y sus concreciones jurídicas han de estar perfiladas tanto hacia la realización de los intereses generales, como a la promoción, respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos o administrados frente a la actuación pública.

Vista desde esa perspectiva la cuestión, hay que decir que la *buena administración*, como noción jurídicamente relevante, queda – quizás no puede ser de otro modo, atendiendo a que conlleva en sí un juicio de valor sobre una actuación o funcionamiento -, esencialmente, en el plano de lo genérico, de lo abierto o amplio, de lo brumoso hasta cierto punto; es más bien una silueta que señala contornos externos, y que debe ir llenándose de sustancia y contenido gradualmente y en ascenso. Como la evolución al respecto ha ido dejando de manifiesto con el paso de los años y los avances en materia jurídica a favor del ciudadano y frente al ejercicio del poder público, el trazado de la *buena administración* como concepto con presencia en lo jurídico, solo puede irse esclareciendo, no desde una definición que al parecer siempre será genérica y poco precisa, sino a partir de elementos concretos e individualizados que la vayan sustanciando y especificando en su significado, en la medida que evoluciona el orden jurídico. Por ende, jurídicamente hablando, la *buena administración* se perfila como una noción con vocación genérica o englobadora, a la que puede llegarse a partir del compendio o descripción concreta de los elementos que pueden quedar comprendidos

en ella.<sup>64</sup> Es una noción jurídica de compendio o síntesis (concepto síntesis), que agrupa en su seno una serie plural de expresiones jurídicas (principios, derechos, deberes).

De tal suerte, la *buena administración* es un concepto que, para lo jurídico, expresa un sentido unitario, pero se manifiesta en situaciones y expresiones jurídicas de diversa índole, precisamente por lo diverso que resulta el contenido del funcionamiento administrativo y todo él no debe menos que estar perfilado hacia el buen hacer. De ahí que sea forzoso reconocer que la *buena administración* trasunta un concepto complejo y multifacético,<sup>65</sup> y un contenido amplio, plural y en buena medida indeterminado,<sup>66</sup> como bien se ha dicho.

Cuando se habla abiertamente sobre *buena administración*, desde cualquiera de sus dimensiones formales más globales en que aparece configurado (*principio de buena administración, deber de buena administración, derecho a la buena administración*), no puede conducirnos sino a entender lo allí reflejado como una fórmula genérica, con especiales connotaciones, que sirve de solución englobadora, compendiadora, de compactación, integración, condensación, síntesis o resumen, desde el punto

---

<sup>64</sup> En este orden de cosas cabe entender también el hecho de que se haya catalogado al Defensor del Pueblo Europeo como “artesano del desarrollo del derecho a una buena administración comunitaria” (en el ámbito europeo). El entrecomillado corresponde al título de un trabajo ya citado, en el que su autora además escribe: “*Dans le silence du Traité de Maastricht et l’incomplétude de la Charte de Nice, il revenait ainsi au Médiateur européen d’esquisser par impressionnisme les contours flous du droit à une bonne administration communautaire. A l’analyse de ses décisions, l’on ne peut qu’être frappé par son interprétation évolutive du concept de bonne administration. Après des débuts hésitants et clandestins sur la scène juridique européenne, il a su transformer ses prises de position ponctuelles en une véritable œuvre de conceptualisation. De cette «jurisprudence» créative visant à la protection du droit des citoyens à une bonne administration communautaire, certains principes sectoriels se sont dégagés qu’il y a lieu de préciser d’emblée (I), avant d’évoquer l’effectivité de ce droit dont le Médiateur européen se veut le promoteur (II).*”. Ver : YENG-SENG, Wanda, ob. cit., p. 530.

<sup>65</sup> MENDES, Joana, “La bonne administration en Droit Communautaire et le Code Européen de Bonne Conduite Administrative”, *Revue française d’administration publique*, nº 131, 2009/3, Paris, p. 560.

<sup>66</sup> TORNOS MAS, Joaquín, “El principio de buena administración...”, ob. cit., p. 629.

de vista formal; en tanto que en ellas no se hace sino sintetizar, integrar o resumir, expresa y genéricamente, pero sin agotar, la referencia a un grupo diverso de *principios, deberes y derechos*<sup>67</sup> que se han ido decantado y delineando en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos de Europa occidental (especialmente) en los últimos dos siglos, ya sea en el plano de sus ordenamientos nacionales, ya en el del Derecho comunitario europeo.

De igual modo, piense que la idea misma de *buena administración* no se agota en todos esos principios, deberes y derechos que se han ido positivando o reconociendo expresamente de algún modo. Antes bien, ellos conforman cierto estándar mínimo, cierto núcleo duro o más visible, de manifestación y proyección de esa idea de *buena administración* aplicada a lo jurídico; mas no resumen en sí todas las implicaciones que de ahí pudieran desgajarse.

En consecuencias, la *buena administración* queda también como una noción con un contenido abierto a la dinámica y la evolución continua,<sup>68</sup> en tanto en la medida en que la sociedad políticamente organizada evoluciona jurídicamente, nuevos elementos se irán incorporando como exigencias a las que debe ajustarse el ejercicio del poder – y en este caso el

---

<sup>67</sup> Como se ha acotado por Siegfried MAGIERA, a tenor del artículo 41 de la Carta de Niza, donde se consagra por vez primera el *derecho a la buena administración*, que, “(...) el “derecho a una buena administración” no se agota en el resumen de los derechos que se enumeran en esta disposición. (...)”; MAGIERA, Siegfried, ob.cit., p. 520. En la autorizada voz de P. NIKIFOROS DIAMANDOUROS: “(...) sería un error pensar que el artículo 41 proporciona una lista exhaustiva de principios de buena administración o sobre el trato al que tienen derecho los particulares por parte de las instituciones de la UE.”; NIKIFOROS DIAMANDOUROS, P., “Buena administración, Estado de Derecho y ética...”, ob. cit.

<sup>68</sup> A la luz del artículo 97 de la Constitución italiana (y la presencia allí del *buon andamento* como principio), Aldo SANDULLI concluía que era ese “(...) *un principi complessi, dai contorni cangianti e dalle molteplici sfaccettature* (...)”, así como que resultaba un “(...) *concetti giuridici di carattere indeterminato, legal standards dinamici e flessibili, che, da un lato, contribuiscono a dotare di dinamicità il sistema giuridico e, dall’altro, consentono di svolgere la funzione di filtro tra la disciplina normativa e la realtà sociale* (...)”. SANDULLI, Aldo, “Il procedimento”, en CASSESE, Sabino (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo. Diritto Amministrativo Generale*, Tomo II, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 1065.

funcionamiento administrativo – para responder adecuadamente a las necesidades de vida de los ciudadanos, según los valores y principios que rijan esa comunidad en cada momento histórico-concreto que se presente.<sup>69</sup>

### III. La buena administración como principio jurídico o el principio de buena administración

No es este el marco propicio para adentrarnos en el debate en torno a la configuración jurídica de la buena administración; esto es, si es un *derecho (fundamental*, según lo entronizó la Carta de Niza en su artículo 41), un *principio jurídico* o un *deber*, o las tres cosas a la vez (tal como se acoge en el preámbulo de la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública* de 2013).

Este debate trae causa del carácter trifronte con que se ha presentado la *buena administración* en su proceso de configuración jurídica, y a partir de las posiciones sostenidas por la doctrina, la jurisprudencia o acogidas en los instrumentos normativos de carácter nacional o internacional. Y es un debate que no se muestra pacífico, ni homogéneo, en sus conclusiones.

Pero, por lo pronto, quedémonos en el plano principal y ajustémonos a la perspectiva de la *buena administración* como principio jurídico.

Evocando el tracto histórico que ha seguido la referencia a la *buena administración* dentro del Derecho Administrativo, queda claramente al descubierto que la dimensión que ha primado dentro de la configuración jurídica del mismo, en ese tracto histórico, ha sido la de tenerle como un *principio* que ha ido adquiriendo sustancia jurídica cada vez con más intensidad.

---

<sup>69</sup> En apreciación de TORNOS MAS: “Como principio rector de la actuación de las administraciones públicas, la buena administración tiene un alcance mucho mayor en la medida en que su carácter plural y su fuerza expansiva pueden dar mucho juego para imponer una nueva cultura en la actuación de las administraciones públicas y en su relación con los ciudadanos.”. TORNOS MAS, Joaquín, *El derecho a una buena administración*, ob. cit., p. 16.

En la actualidad, realmente, la percepción más recurrente entre los autores y la jurisprudencia, y por ello la interpretación que ha aparecido como dominante y más extendida, es la de catalogar a la *buena administración* dentro de la idea de *principio* de carácter jurídico,<sup>70</sup> o principio general del Derecho Administrativo, lo que se traduce en el *principio de buena administración*.<sup>71</sup>

Recordemos que en la construcción que proponía Ronald DWORKIN, este autor, distinguiendo entre *directriz política* y *principio*, llamaba

“(…) «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. (...)”.<sup>72</sup>

Mientras, para Robert ALEXY:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro

<sup>70</sup> En una parte de la doctrina que ha tratado el tema de la *buena administración*, se ha reconocido que “(...) la verdadera fuerza e interés de la buena administración es configurarla como un principio rector de la actuación de las administraciones públicas.”. TORNOS MAS, Joaquín, *El derecho a una buena administración*, ob. cit., pp. 43. Para este profesor español (pp. 630 y 633) el principio de buena administración actúa como principio rector que impone un mandato de optimización; y, a su entender “(...) la *buena administración* debe concebirse no tanto como un nuevo derecho de los ciudadanos, sino como un nuevo principio rector de las administraciones públicas modernas. Un Principio de largo alcance que actúa como mandato de optimización con el fin de marcar las pautas a seguir. En algunos casos el principio se traducirá en el reconocimiento de derechos frente a la actuación administrativa. (...)”.

<sup>71</sup> Por ejemplo, entre los autores, y poco después de la aprobación de la Carta de Niza en diciembre de 2000, el profesor español Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, a propósito del artículo 41 de ese cuerpo dispositivo, en el que se regulaba lo atinente al *derecho a la buena administración*, concluía, con independencia de la letra misma de la mencionada Carta: “El artículo 41 de la Carta (II.41 del Proyecto de Constitución) establece un **principio general** (número 1), intenta precisar un **contenido fundamental** (número 2), y contiene **dos principios complementarios** sobre las materias de la responsabilidad y el uso de la lengua (números 3 y 4)”. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, ob. cit., p. 62. (El resaltado en negritas es del original transcrito).

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald, ob. cit., p. 72.

de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.”<sup>73</sup>

Según ampliaba el mismo ALEXY:

“Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.”<sup>74</sup>

En nuestra opinión, es desde la configuración técnico-jurídica de la *buena administración* como *principio*, y por tanto en su consideración como tal, desde donde se permite entender, desplegar y respaldar, con más consecuencia y coherencia las implicaciones de la misma,<sup>75</sup> orientándose mejor hacia los objetivos o fines que han de buscarse con ello.

---

<sup>73</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Versión castellana de Ernesto GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

<sup>74</sup> ALEXY, Robert, ob. cit., p. 99.

<sup>75</sup> TORNOS MAS ha sostenido que: “El principio rector comporta la imposición a los poderes públicos de una conducta tendente a hacer realidad el contenido del principio. Por lo tanto, no otorga a los ciudadanos posiciones subjetivas concretas que les permitan exigir lo que el principio pretende. Como mandato se dirige al legislador y al resto de poderes públicos. El legislador puede convertir el principio en derechos subjetivos. Este mandato se califica como mandato de optimización, es decir, los poderes públicos atendiendo a las circunstancias

En tanto *principio jurídico*, y en su rol rector e informador, el de *buena administración* ha de fundamentar y permear a toda la existencia de la Administración Pública, lo mismo en su ángulo estructural o de organización, como en el funcional o relacional con otros sujetos. Lo cual tributa a explicar que el *principio de buena administración* se encuentra en los fundamentos y en los límites del aparato y del funcionamiento administrativos; y no solo ha de operar como elemento a favor de proveer una mejor gestión pública (lo que ubica la mirada desde el lado singularizado de la Administración), sino que también lleva a enfocar a la *buena administración* en su significación para proveer y proteger al interés general, y como aspecto de promoción, garantía y protección de los derechos de los ciudadanos (administrados) en relación con el funcionamiento administrativo. Desde el encuadramiento técnico-jurídico como *principio*, la *buena administración* permite articularse coherentemente en los planos colectivos (del interés general) e individual (de los derechos e intereses de los ciudadanos o administrados),

---

concretas de las diversas relaciones jurídicas afectadas por el principio deben tratar de darle el mayor desarrollo posible.”; TORNOS MAS, Joaquín, *El derecho a una buena administración*, ob. cit., pp. 39. Por su lado, analizaba CARRILLO DONAIRE: “Desde la perspectiva de la normatividad y de la eficacia de las situaciones de derecho o de interés en las relaciones jurídicas, los principios del Derecho actúan como un *príus* jurídico ontológico y axiológico que señalan con carácter permanente los objetivos o metas a alcanzar en las relaciones jurídicas, por lo que están necesitados, para su efectividad de un proceso de concreción. En ocasiones, dicho proceso lo inicia o lo endereza el legislador (o el constituyente) positivando un principio. Por esta vía, los principios adquieren una corporeidad y reconocibilidad que les hace abandonar su función supletoria, potenciando su función informadora, sirviendo de contraste de legalidad de las fuentes subordinadas y propiciando que ésta regulen derechos subjetivos o deberes inspirados en ellos. En otras ocasiones, y con independencia de su positivización legal, los principios son transformados en Derecho aplicable («positivados» también, en un sentido amplio del término) por los Tribunales, como dirimientes de la legalidad o de la licitud de una acción que ha producido efectos jurídicos. En todo caso, va de suyo que si un principio (como pudiera ser el de buena administración) queda positivado como tal mediante su inclusión en un texto legal (un Estatuto de Autonomía, por ejemplo) queda convertido en un mandato a los poderes públicos, en un deber en sentido técnico-jurídico (y no una simple facultad), de modo que las normas subsiguientes podrían desarrollarlo mediante – entre otras posibilidades – el diseño de derechos subjetivos perfectos.”; CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, ob. cit., pp. 1157 y 1158.

de una manera tal que no se corre el riesgo de potenciar con ese encuadramiento uno de esos planos por sobre otro, que lleve a romper el necesario equilibrio que debe existir en el marco jurídico ordenador del funcionamiento administrativo. Con un planteamiento técnico-jurídico desde la categoría *principio*, la *buena administración* ha de cubrir tanto las implicaciones de orden objetivo, como las subjetivas, que quedan evidenciadas en las actuales regulaciones positivas de la misma, aún cuando hoy aparezca con mayor visibilidad moldeada – al menos en el contexto europeo – como *derecho* en cabeza de los ciudadanos o administrados.<sup>76</sup>

Junto a todo lo anterior, hay que ver también, desde nuestra interpretación, que enfocándole jurídicamente como *principio de buena administración*, se hace frente tanto a la heterogeneidad del objeto que puede abarcar la idea misma de *buena administración*, como a la pluralidad de situaciones en que ha de manifestarse;<sup>77</sup> quedando también el necesario margen de apertura para convocarle y aplicarle, como medio técnico-jurídico, en función de soluciones que han de darse, según lo

<sup>76</sup> En la percepción de SANZ LARRUGA: "(...) resulta indudable que la "buena administración" constituye un verdadero "principio rector" de las Administraciones Públicas que ha calado en la legislación y la jurisprudencia como expresión aglutinante de su buen funcionamiento, no solo desde una perspectiva interna, sino también –y en particular– desde el punto de vista de sus relaciones con los ciudadanos. Pero, en todo caso, un principio rector que, (...), se ha positivizado en una serie de principios específicos, mandatos y directrices para las Administraciones Públicas, e incluso verdaderos derechos de los ciudadanos con concretas garantías para su salvaguardia.". SANZ LARRUGA, Francisco Javier, "El ordenamiento europeo, el Derecho Administrativo español y el derecho a una buena administración", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Da Coruña*, No. 13, 2009, Facultad de Derecho de la Universidad Da Coruña, La Coruña, p. 741 (este artículo fue originalmente incluido en el libro homenaje al profesor chileno Eduardo SOTO KLOSS).

<sup>77</sup> En el sentir de TORNOS MAS: "Tanto las referencias normativas como las jurisprudenciales configuran el principio de buena administración como un principio de contenido plural, lo que, por un lado, amplía su radio de acción, pero, por otro, puede hacerle perder fuerza imperativa. Al final, "la buena administración" podría convertirse en un mero recordatorio del deber general de la Administración para que sirva con objetividad y eficacia a los intereses generales.". TORNOS MAS, Joaquín, *El derecho a una buena administración*, ob. cit., pp. 16. También debe verse: TORNOS MAS, Joaquín, "El principio de buena administración...", ob. cit., p. 633.

planteen las nuevas situaciones que de seguro ha de generar, en perspectiva de futuro, la vida *iusadministrativa*, y que hoy no han de estar plenamente visualizadas en su alcance.

De tal suerte, la configuración jurídica como *principio de buena administración*, ha de llevarnos a entenderle como un *supraprincipio* o *superprincipio jurídico* (principio de amplio espectro, que abarca a su vez a otros principios de contenido más concreto o específico y a otras implicaciones jurídicas);<sup>78</sup> o como «*principio sombrilla o paraguas*» («*umbrella principle*», en palabras de Klara KANSKA), que comprende y se proyecta en principios de alcances más concretos, en derechos (de los ciudadanos o administrados) y en deberes (de la Administración) o mandatos (para la Administración), cuya observancia o cumplimiento y realización, en última instancia, llevan a observar y realizar aquel principio mayor;<sup>79</sup> o como «*principio originario*» con ramificaciones de principios que derivan de él, según se proyectaba Aldo SANDULLI.<sup>80</sup>

Y es, bajo esa perspectiva abarcadora de principios, que podamos comprender a los diversos autores cuando hablan de *principios de buena administración*.

#### IV. Juridicidad y *principio de buena administración*

El universo de los poderes públicos y su funcionamiento tienen en el Derecho, como es pacífico considerar hoy, no solo sus

<sup>78</sup> La portuguesa Susana TAVARES DA SILVA, destacaba que “*Uma nota fundamental a propósito deste princípio radica no que a doutrina designa como “auto-suficiência jurídica” do mesmo (Simonati, 2009). Com esta expressão arreda-se a ideia muito divulgada noutros sectores da doutrina de que este princípio é um “superprincípio” que alberga ou congrega em si outros princípios e regras de direito europeu, mas que não tem conteúdo autónomo. (...)*”. TAVARES DA SILVA, Susana, ob. cit., p. 28.

<sup>79</sup> KANSKA, Klara, “Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights”, en *European Law Journal*, Vol. 10. No. 3, Blackwell Publishing Ltd., 2004. p. 305.

<sup>80</sup> Decía Aldo SANDULLI que “*(...) il principio del buon andamento può essere considerato un principio, per così dire, originario, da cui si dipartono una pluralità di ramificazioni, che costituiscono principi derivati dal medesimo*”. Ver: SANDULLI, Aldo, ob. cit., p. 1086.

límites, sino también sus determinantes o fundamentos, pues ese universo es solo posible concebirlo dentro del perímetro y el sentido que le aporta el Derecho, de lo contrario serían meros mecanismos de fuerza organizada desnaturalizados. Eso no es otra cosa, que el sentido más actual de la idea de Estado de Derecho y sus diversas expresiones evolutivas.

Para nosotros, no debe olvidarse que cuando se trata de la Administración Pública, la realización material de la misma pasa por su ordenación jurídica, en tanto dicha Administración Pública es un fenómeno que solo puede existir válidamente (como toda manifestación organizada y funcional del poder público) dentro de los marcos que le provee el Derecho, donde la garantía de consecución del interés general o común y la promoción y el respeto a los derechos de los ciudadanos, que no solo limitan, sino que además deben determinar el funcionamiento administrativo público, son dos factores que devienen inexcusables en ese proveimiento para ser verdaderamente tal.

El profesor español TORNO MAS, al indagar sobre las razones del éxito del principio de buena administración, se respondía:

“A nuestro entender, dentro de su amplio y en buena medida indeterminado contenido, se encuentra recogido todo aquello que se pretende imponer a una administración que juzgamos carece de la necesaria fuerza interna. Una administración a la que el ciudadano exige algo más que el servir de forma objetiva a los intereses generales. Por eso creemos que la buena administración trata de dotar de alma a una administración que, vinculada tan sólo al cumplimiento de la norma previa, se nos aparece fría y distante.”<sup>81</sup>

A raíz de ello, la *buena administración*, al configurarse como *principio jurídico*, resulta elemento que se coloca dentro del *principio de juridicidad* que marca la sujeción de la Administración Pública, y de todo el fenómeno de lo administrativo público, al Derecho.

---

<sup>81</sup> TORNO MAS, Joaquín, “El principio de buena administración...”, ob. cit., p. 629.

Visto así, el *principio de buena administración*, por un lado, deviene entonces en una consecuencia de las exigencias más contemporáneas<sup>82</sup> del Estado de Derecho,<sup>83</sup>

Como ha dicho NIKIFOROS DIAMANDOUROS :

“Los principios de buena administración cobran especial importancia a la hora de garantizar que la administración pública respete el Estado de Derecho.”<sup>84</sup>

Por otro lado, el *principio de buena administración* señala una profundización y mayor alcance, en lo material o sustancial, del *principio de juridicidad*, en su operatividad para lo administrativo público. Permeándose, a su vez, y en todas sus expresiones, del sentido y contenido del segundo, lo que se refleja desde la propia configuración de la *buena administración* como *principio jurídico*.

<sup>82</sup> Para Susana GALERA RODRIGO, a propósito del ordenamiento comunitario europeo: “El principio de buena administración es una manifestación de la «Comunidad de Derecho», expresión acogida por el Tribunal de Justicia por absorción del *principio de Estado de Derecho* común a los Estados miembros, y que acaba por incorporarse – tras la aprobación del Tratado de Maastricht – en el artículo 6 del TUE, apartado primero, que dice: «La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros»”. GALERA RODRIGO, Susana, “El derecho a una buena administración”, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARRIDO MAYOL, Vicente (Directores)/ GARCÍA COUSO, Susana (Coordinadora) *et al*, *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, *Los derechos y libertades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1446.

<sup>83</sup> En comentario del francés Michel FROMONT: “*Selon nous, les principes de bonne administration les plus importants pour les particuliers peuvent être rattachés au principe de l’État de droit. Les autres principes sont notamment ceux affirmés par les lois sur la procédure administrative, tels que les principes de hiérarchie, d’efficacité et de rapidité. Les principes découlant de la notion d’État de droit sont principalement certains principes relatifs à l’élaboration d’une décision (audition préalable, impartialité et motivation) ainsi que de quelques grands principes de fond, ceux de proportionnalité, de sécurité juridique et de responsabilité. (...)*”. FROMONT, Michel, *Droit administratif des États européens*, Presses Universitaires de France, Paris, 2006, pp. 100 y 101. En esta línea, puede verse también de FROMONT, “Le renforcement des garanties de bonne administration et de bonne justice en Europe”, en AA.VV., *En hommage a Francis Delpérée. Itinéraire d’un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 547 y sigs..

<sup>84</sup> NIKIFOROS DIAMANDOUROS, P., “Buena administración, Estado de Derecho y ética...”, ob. cit.

En ese orden de ideas, debe tenerse a la vista que la *buena administración* surge y va ganando espacios como medio para impulsar una transformación radical, hacia mayores estándares de calidad, en la organización y el funcionamiento de la Administración Pública, desde el planteo de un marco jurídico que refleje, asuma y promueva esa transformación.<sup>85</sup> La idea es que la *buena administración* conduzca a superar caducas percepciones sobre el régimen jurídico de la Administración Pública (Derecho Administrativo), que no permiten la realización plena de dicho régimen en función del cumplimiento cabal de sus fines existenciales; que sirva para proyectar una necesaria cultura del buen hacer administrativo, encauzada en una ordenación jurídica que se coloque rectamente en la garantía de ese buen hacer, y donde el ciudadano y la comunidad (en fin, la promoción y garantía de la realización de la condición humana) sean el verdadero eje de vida (de preocupación y ocupación) del entramado administrativo público, a partir de un universo jurídico que tenga esa exigencia como premisa.

Según discurría TORNOS MAS:

“(...) Hoy a la administración no sólo le exigimos que se sujete a la norma habilitante y que lleve a cabo de forma neutra y objetiva el mandato del Gobierno. No basta tampoco con el respeto de las reglas procedimentales que han positivizado muchos de los elementos de la buena administración. Hoy basamos la legitimación

---

<sup>85</sup> El profesor y magistrado judicial español Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, había comentado sobre los “criterios inspiradores de la idea europea de buena administración”, que esos criterios, a la luz de los textos europeos que estudiaba, parecían ser “(...) el juridicismo y las nuevas tendencias en materia de administración relativas a la calidad. El juridicismo resulta patente. Así es de tener en cuenta que la “*buena administración*” pretende entenderse como un derecho subjetivo, y la idea se recoge en textos jurídicos declarativos de derechos y en un llamado Código de Buena Conducta. Sobre todo, y este es el dato decisivo, el derecho se refiere a aspectos prácticamente siempre procedimentales, salvo la reparación de daños. La regulación no pretende que se administre bien, sino que las instituciones y los agentes europeos guarden una buena conducta en el sentido de que se atengan a unas normas de procedimiento que supongan el respeto a los interesados.”; BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, ob. cit., pp. 65 y 66.

de la administración en algo más evanescente como es el bien hacer, la búsqueda de la mejor solución posible, la eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios, el intento de conseguir la adhesión de los ciudadanos a sus propuestas, la preocupación por la calidad de los servicios que presta, el trato personal con el administrado, la comunicación, la transparencia. En definitiva, exigimos algo más que la escrupulosa sujeción al marco legal. (...).<sup>86</sup>

El surgimiento y ascendencia del *principio de buena administración* se ubica dentro de lo que CASSESE llamó el “*processo di legalizzazione della pubblica amministrazione*”.<sup>87</sup> No caben dudas que la aparición y desenvolvimiento del *principio de buena administración* ha sido un recurso válido para remontar, hacia mayores implicaciones sustanciales o materiales, los límites estrechos de un *principio de legalidad* amarrado solo a exigencias formales (la no vulneración del marco jurídico-administrativo<sup>88</sup>), y de un Derecho Administrativo en cuyo trazado y funcionalidad no se habían incorporado consecuentemente todos los ejes que hacen de él un producto en función de la

<sup>86</sup> TORNOS MAS, Joaquín, “El principio de buena administración...”, ob. cit., p. 630.

<sup>87</sup> CASSESE, Sabino, ob. cit., p. 2. Según entendía este maestro italiano (p. 7): “(...) *la buona amministrazione ha un contenuto variabile. Si può dire che vi siano alcuni “core principles”, quali il diritto di accesso, quello di essere sentiti, quello a ottenere una decisione motivata, quello di difesa attraverso un giudice. Questa parte della buona amministrazione si sovrappone in larga misura con la “rule of law” e con il principio di legalità inteso in senso ampio, nel campo amministrativo (“due process of law”). Fa parte dei diritti procedurali, che hanno tutti una rilevanza esterna.*”.

<sup>88</sup> Como considerara MáRIO AROSO DE ALMEIDA: “Diríase que, si la Administración observa todas las reglas y principios jurídicos que se le imponen, habrán todas las condiciones para que la administración que produce sea “buena” — y, por tanto, la administración es “buena” si cumple las reglas y principios de garantías de los ciudadanos. En nuestra visión, la mera observancia de reglas y principios jurídicos no garantiza, por sí, la buena administración, en la medida en que existen problemas de mala administración que se colocan en otros planos y, por eso, sólo se resuelven mediante la intervención de consideraciones que ultrapasan, claramente, las fronteras de lo jurídico.”. AROSO DE ALMEIDA, MáRIO, “Legalidade administrativa e boa administração: dificuldades e desafios”, en AROSO DE ALMEIDA, MáRIO, *Teoria Geral do Direito Administrativo. O novo regime do código do procedimento administrativo*, 3ª edição, Edições Almedina, S.A., Coimbra, 2015, p. 66

convivencia social y del ser humano como elemento determinante de esa convivencia.<sup>89</sup>

Pero, con independencia de lo anterior, se ha advertido que

“(…) el principio de buena administración es una derivación del principio de legalidad que no asume caracteres netamente diferenciados. El único rasgo peculiar consiste en el énfasis puesto en el respeto a los criterios de eficiencia y eficacia, y por lo tanto a todo parámetro de buena administración incluidas reglas técnicas e inter-nas. A la «buena administración» se ha hecho referencia para asegurar la oportunidad de la acción administrativa y la capacidad funcional de la Administración. (...)”<sup>90</sup>

Asimismo, desde España, enseñaba Joaquín TORNOS MAS que la noción de *buena administración*

“(…) en el fondo encierra la idea de superar, sin abandonar, el principio de legalidad como punto de partida y fin de la legitimación de las Administraciones públicas. Las Administraciones deben respetar la norma, pero a su vez deben lograr las mejores prestaciones materiales

---

<sup>89</sup> En palabras de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: “El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de su concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración sino que ahora, en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, debe determinarse, (...) a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales. (...)”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El ciudadano y el poder público...*, ob. cit., pp. 113 y 114.

<sup>90</sup> CHITI, Mario P., ob. cit., p. 250. Al razonar en torno al artículo 97 constitucional, el italiano Aldo SANDULLI, reparaba en el hecho de que la referencia allí a los principios de imparcialidad y *buon andamento* señalaba a este último como exigencia de *buena administración*, significando a este último como “(...) *necessità di efficacia e di efficienza dell’azione, in modo da consentire il perseguimento di risultati adeguati* (...)”; y derivando en sus conclusiones hacia la conclusión que “(...) *dalle riflessioni della scienza giuridica, imparzialità e buon andamento non andrebbero considerati come principi distinti, ma come due facce di una stessa medaglia, come una endiadi che articola un concetto unitario di legalità.* (...)”. SANDULLI, Aldo, ob. cit., p. 1066.

posibles, y deben adoptar las resoluciones que mejor respondan al interés general.”<sup>91</sup>

De lo dicho hasta aquí cabe entender que *principio de juridicidad* y *principio de buena administración* son un par indisolublemente conectados.<sup>92</sup> La realización del segundo sólo puede alcanzarse a través de la estricta observancia del primero, por la vía del cumplimiento pleno de las exigencias jurídicas que le vienen impuestas a la Administración Pública por el Derecho.

## V. Sobre el contenido y alcance del principio de buena administración: unas reflexiones generales

El *principio de buena administración* revela un principio de connotaciones genéricas que resulta, en lo formal, una manera de englobar y de dotar de unidad de sentido a determinadas exigencias que debe observar la Administración Pública en su existencia y a ciertos requerimientos y situaciones que se dan en sus relaciones con los ciudadanos o administrados. De igual forma, resulta pacífico el punto de partida de que el contenido del *principio de buena administración* ha quedado reconocido y trazado con un carácter plural y heterogéneo, tanto en las consideraciones de la jurisprudencia y la doctrina, como en la normativa que a él se refiere. Así las cosas, el *principio de buena administración* se reverla o traduce, según ha tenido oportunidad de dejar en claro su evolución dentro del ámbito jurídico, en un conjunto o elenco de principios de alcance o proyección más particularizados que aquél, así como de derechos (de los ciudadanos o administrados) y deberes (de la Administración Pública) que lo concretan.

Junto a lo anterior, debe convocarse también la precisión de que el contenido del *principio de buena administración* ha sido un ámbito en expansión a través de todo este tiempo, ya en su funcionalidad, ya en los perímetros objetivos de alcance,

<sup>91</sup> TORNOS MAS, Joaquín, “Prólogo”, en PONCE SOLÉ, Juli, ob. cit., p. 21.

<sup>92</sup> Con motivo del marco constitucional italiano, Guido CORSO afirmaba que “*il principio de buon andamento opera come temperamento del principio de legalità*”. CORSO, Guido, ob. cit., p. 36.

ya en sus expresiones formales de manifestación jurídica. Esta circunstancia ha estado estrechamente ligada tanto a la evolución del ámbito jurídico-administrativo, como a la del propio *principio de buena administración*.

En consonancia con ello, resultan aleccionadoras las enseñanzas del profesor italiano Sabino CASSESE, en tanto proveen puntos de partida para entender el ensanchamiento y manifestación del contenido de la *buena administración*. Según CASSESE:

*“(...) la buona amministrazione ha avuto una importante evoluzione funzionale. Da principio in funzione della efficacia della pubblica amministrazione (ex parte principis), è divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini (“ex parte civis”). Prima era considerata mezzo per assicurare che il potere pubblico fosse efficace, perché gli interessi collettivi e pubblici ad esso affidati fossero pienamente tutelati. Poi è divenuta strumento per assicurare una difesa del potere pubblico, perché le situazioni giuridiche soggettive dei privati potessero essere tutelate più efficacemente. Ad esempio, la partecipazione dei privati nella prima versione serve all’amministrazione, per conoscere meglio prima di decidere; nella seconda versione serve al privato, per far sentire la propria voce prima che l’amministrazione concluda il procedimento.”.*<sup>93</sup>

El italiano indicaba además que el *principio de buena administración* ha tenido un ámbito o extensión diversos, pues se afirmó inicialmente como principio limitado a algunos sectores, como principio especial, para luego devenir de aplicación siempre más extendida, operando como principio general.<sup>94</sup> Finalmente, CASSESE refería:

*“(...) la buona amministrazione si è evoluta da principio a diritto. Nella prima veste, ha valore “programmatico”, costituisce un obiettivo fissato dalla costituzione e diritto al legislatore. Ha, quindi, una valenza limitata*

<sup>93</sup> CASSESE, Sabino, ob. cit., p. 6.

<sup>94</sup> CASSESE, Sabino, ob. cit., p. 7.

*e interna all'apparato statale. Nella seconda veste, si proietta all'esterno della cerchia dello Stato, nella comunità. Conferisce diritti ai quali fanno riscontro obblighi della pubblica amministrazione.”<sup>95</sup>*

Si somos consecuentes con la circunstancia de que la *buena administración* se encuentra en la esencia misma de todo el fenómeno administrativo, así como con la condición de *principio general* que ha de revestir la configuración jurídica de la *buena administración*, y con el rol que, por ser tal, ha de desempeñar en el ámbito jurídico-administrativo, no podemos menos que asumir que su contenido atañe tanto a la esfera de la organización, cuando a la del funcionamiento administrativo. Lo que significa que es este un principio que ha de aparecer informando el plano estructural de la Administración Pública (como aparato), y también a su esfera funcional, quedando proyectado su contenido hacia ambos espacios objetivos.

Por otro lado, siguiendo la orientación argumental que ahora nos mueve, no debe dejarse fuera de la vista el hecho de que, como hemos sostenido en un acápite precedente, la *buena administración* evoca la consideración de parámetros objetivos previamente fijados o determinados en función de ciertos fines, cuyo cumplimiento ha de señalar entonces la consideración positiva de dicho fenómeno en su concreción o realización material. Así como que ha de darse la *buena administración* cuando se han empleado bien los medios en la actuación administrativa y se ha llegado, por esa vía, al correcto cumplimiento de los fines a los que esos medios han de servir, todo ello dentro del marco jurídico existente, que ha de estar inspirado en valores y principios que garanticen y conduzcan a la plena realización del hombre social e individualmente considerado. De tal suerte, la *buena administración* como *principio* ha de tocar directamente tanto el orden del alcance o cumplimiento de determinados resultados, como de los medios para conseguir esos resultados.

<sup>95</sup> CASSESE, Sabino, ob. cit., p. 7.

En consonancia con planteamientos de ese tipo, no puede menos que asumirse que el *principio de buena administración* ha de comportar a la vez «principios de fondo y garantías procedimentales»;<sup>96</sup> o principios y garantías que tienen que ver tanto con el plano formal o procedimental como con el plano sustantivo.<sup>97</sup>

Dentro de ese prisma, y relativo al contenido del *principio de buena administración*, reviste especial relevancia la relación entre la *buena administración* y el *procedimiento administrativo*, institución esta que en las últimas décadas ha cobrado un destacado valor e importancia teórico-práctica; en tanto han ido en aumento las preocupaciones sobre cómo se ejerce la función administrativa, y cómo se puede perfeccionar al *procedimiento administrativo* desde lo que es: el cauce jurídico de realización del funcionamiento administrativo, con todas las implicaciones que esa realización ha de significar para calificarse como tal. Mucho del contenido del *principio de buena administración* se vierte sobre el cauce procedimental del funcionamiento administrativo; y los principios, deberes y derechos que la *buena administración* revela, no vienen sino a convertirse en principios que rigen y conforman al *procedimiento administrativo* como institución de relevancia en el Derecho Administrativo, y en deberes y derechos concretos que encuentran su virtualidad dentro del mismo, como vía de producción de un actuación jurídico-administrativa que genera efectos sobre el o los destinatarios de dicha actuación.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> DELVOLVÉ, Pierre, “Le droit à une bonne administration”, p. 288, disponible en [www.iias.sinica.edu.tw/cht/index.php](http://www.iias.sinica.edu.tw/cht/index.php).

<sup>97</sup> CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, ob. cit., p. 1141.

<sup>98</sup> Como hace años puso de relieve PONCE SOLÉ, a tenor del ordenamiento jurídico español: “El deber de buena administración es, pues, un aspecto de la función administrativa, que indica cómo debe ejercerse ésta. Cuando esta función administrativa se desarrolla mediante potestades, éstas implican la existencia de sujeción por parte de los administrados, como es conocido, pero también el sometimiento de quien ejerce la potestad al deber de buena administración. Deber que encuentra uno de sus mecanismos técnicos de articulación en la institución del procedimiento administrativo, que la Constitución reserva para el ejercicio del poder jurídico-administrativo, (...)”. Previamente, PONCE SOLÉ, había apuntado: “El

Como pieza de engranaje, el *principio de buena administración* se coloca como elemento de una mecánica funcional que debe conectarse a su vez, a nivel más abierto, con otros valores y principios que determinan y sustancian el actual universo jurídico-administrativo (*iuspúblico*, en general), operando como un sistema de fundamentación que aporta contenido y sentido al planteamiento y funcionalidad de dicho universo. En esa conexión debe destacarse el vínculo con valores y principios que deben estar en los cimientos mismos de la maquinaria jurídico-administrativa, como pueden ser – entre otros -: la democracia, la dignidad humana, la libertad (en sus diversos ámbitos de expresión), la solidaridad, la igualdad, la vocación social, el principio democrático, el de la división de funciones, el de juridicidad, el de solidaridad, el de la seguridad jurídica, el de la prevalencia del interés general, el de tutela judicial efectiva, el de igualdad o no discriminación, el de prohibición o interdicción de la arbitrariedad para los poderes públicos.

Como puede verse, hemos destacado aquí un nivel más abierto para apreciar la imbricación del *principio de buena administración* con otros grandes valores y principios que informan el ordenamiento jurídico-administrativo, de los que incluso la *buena administración* viene a ser una consecuencia necesaria y también una vía para realizarlos (como puede entenderse de principios como el democrático, la juridicidad, el de Estado de Derecho, etc.).

---

procedimiento administrativo se configura, así, como uno de los instrumentos jurídicos posibilitadores del cumplimiento del deber de buena administración, como un factor, por tanto, de potenciación de las posibilidades de obtención de decisiones administrativas de calidad y, en definitiva, como un elemento de legitimación de las Administraciones Públicas.”. PONCE SOLÉ, Juli, ob. cit., pp. 197 y 127.

---

## Las personas con discapacidad: ¿Los desempleados forzosos del capitalismo global?

People with disabilities: The forced unemployed  
of global capitalism?

Pessoas com deficiência: os desempregados forçados  
do capitalismo global?

Personnes handicapées: les chômeurs forcés du  
capitalisme mondial?

*Maximiliano Morales Martelli*<sup>1</sup> | Universidad Nacional  
de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 161-177

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e248>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4867-3880>

Recibido: 22/12/2018

Aprobado: 01/03/2019

---

**Resumen:** El presente trabajo se ocupará de analizar las relaciones de poder desarrolladas en el seno de la sociedad capitalista, y su responsabilidad en la exclusión del mercado laboral a la que se enfrentan las personas con discapacidad. Las consecuencias que tuvo, sobre este colectivo de trabajadores, la transición de una economía agraria y artesanal a una economía basada en la producción industrial y su consiguiente división técnica del trabajo. Asimismo, analiza la estigmatización de las personas con discapacidad como “no aptos” para el empleo; y el menoscabo producido por el desempleo inducido, como factor inherente a la economía capitalista.

**Palabras claves:** personas con discapacidad - capitalismo - desempleo - estigmatización

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Nacional de la Plata, Escuela de Abogados de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires.

**Abstract:** The present work will analyze the relations of power developed within the capitalist society, and its responsibility in the exclusion of the labor market that people with disabilities face. The consequences that the transition of an agrarian and artisan economy to an economy based on industrial production and its consequent technical division of labor had on this group of workers. It also analyzes the stigmatization of people with disabilities as “unfit” for work; and the detriment produced by induced unemployment, as an inherent factor in the capitalist economy.

**Keywords:** people with disability - capitalism - unemployment - stigmatization

**Resumo:** O presente trabalho analisará as relações de poder desenvolvidas dentro da sociedade capitalista, e sua responsabilidade na exclusão do mercado de trabalho que as pessoas com deficiência enfrentam. As consequências que teve, sobre esse coletivo de trabalhadores, a transição de uma economia agrária e artesanal a uma economia com base na produção industrial e sua consequente divisão técnica do trabalho. Da mesma forma, analisa a estigmatização das pessoas com deficiência como “não aptas” para o emprego; e o menoscabo produzido pelo desemprego induzido, como fator inerente à economia capitalista.

**Palavras-chave:** pessoas com deficiência - capitalismo - desemprego - estigmatização

**Résumé:** Le présent travail analysera les relations de pouvoir apparues au sein de la société capitaliste et sa responsabilité dans l'exclusion du marché du travail à laquelle font face les personnes handicapées. Les conséquences qu'a eu, sur ce collectif de travailleurs, le passage d'une économie agraire et artisanale à une économie basée sur la production industrielle et la division technique du travail qui en découle. Il analyse également la stigmatisation des personnes handicapées comme “inaptes” à l'emploi; et produite par le chômage induit, comme facteur inhérent à l'économie capitaliste.

**Mot-clés:** personnes handicapées - capitalisme - chômage - stigmatisation

## I. Introducción

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>2</sup>, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre de 2006, con su preámbulo y sus cincuenta artículos, ha sido el primer Tratado Internacional de Derechos Humanos del siglo XXI. Significando un avance sustancial para “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*”, tal como reza su primer artículo.

Para desarrollar el presente escrito me valdré de la definición de *discapacidad* acogida por la Convención:

La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Tal como vemos, el acuerdo internacional retoma lo que Mike Oliver daría en llamar “modelo social de la discapacidad” (BARNES, C. 1998), surgido en el mundo anglosajón en torno a la Unión of Physically Impaired Against Segregation (UPIAS). Esta asociación fue fundada en el año 1974 por el activista Paul Hunt y el psicólogo Victor Finkelstein. De acuerdo a este modelo, *la discapacidad no es causada por las limitaciones funcionales, físicas o psicológicas de las personas con insuficiencias, sino por el fracaso de la sociedad en suprimir las barreras y restricciones sociales que incapacitan*. (UPIAS 1976; BARNES, C. 1998; FERRANTE, C. 2015).

Dialogando con la mamá de un niño con Síndrome de Down e integrante de una Asociación Civil que promueve la inclusión social de las personas con discapacidad, me expreso: “*A todos lados voy así, con la Convención debajo del brazo.*”

---

<sup>2</sup> En adelante Convención.

No caben dudas del avance que representa la Convención en el plano normativo. Sin embargo, este progreso de ninguna manera tiene, a pesar de los años transcurridos desde su aprobación, un correlato equivalente en la experiencia diaria de este colectivo. Es evidente que el camino legal promovido por la Convención resulta exiguo para revertir la desigualdad sufrida por las personas con discapacidad.

El derecho a trabajar ha sido reconocido por la Convención en su Artículo 27, que afirma:

Los Estados Partes reconocen el Derecho de las Personas con Discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con los demás, ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado laboral que sea abierto inclusivo y accesible.

En el mismo sentido se expresa la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas Con Discapacidad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la readaptación profesional y el empleo de las Personas Inválidas, entre otros.

A pesar de ello, se estima que las personas con discapacidad en edad de trabajar son alrededor de 785 millones en todo el mundo y alcanzan niveles de desempleo de hasta un 80% en algunos países (OMS y BANCO MUNDIAL 2011).

Evaluando especialmente la situación de Argentina, y tomando en consideración los datos ofrecidos por el último Censo realizado en el año 2010, podemos observar que existen alrededor de cinco millones de personas con discapacidad en nuestro país, lo que representa el 12,9% de la población total. De los cuales, cerca de tres millones forman parte de la población económicamente activa -tienen de 20 a 65 años- (INDEC, 2010).

Por su parte, la Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad realizada entre los años 2002/2003 señala que sólo el 25% tiene empleo y que el 68,4% se encuentran inactivos (INDEC, 2002,2003).<sup>3</sup>

En este sentido, nuestra Constitución Nacional en su Artículo 75, Inc. 23, dispone que corresponde al Congreso:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de las personas con discapacidad.

En ejercicio de estas atribuciones, el Congreso ha sancionado la Ley N° 25.689, modificatoria de la Ley N° 22.431, estableciendo la obligación de los tres poderes del Estado –incluyendo organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos- de ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal. Sin embargo, el Estado Argentino incumple sistemáticamente esta normativa puesto que, desde su sanción, el cupo continuó por debajo del uno por ciento (1%) (BLOGNA, T. 2016). De las 186 jurisdicciones ministeriales, organismos descentralizados y universidades nacionales correspondientes a la Administración Pública Nacional, solo nueve tuvieron empleados/as con discapacidad en una proporción del 4% o superior (CELS 2017).

Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 802/2004 se creó el Programa de Inserción Laboral para Trabajadores con

---

<sup>3</sup> Lastimosamente, los datos revelados por la Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad en los años 2002/2003 y los del Censo del año 2010 son las últimas cifras oficiales vinculadas a la situación de las personas con discapacidad en nuestro país. Actualmente, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) está realizando una nueva encuesta nacional sobre la situación de las Personas con Discapacidad. Ver publicación: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/indec-estudio-nacional-sobre-la-poblacion-con-discapacidad>.

Discapacidad (PIL) dirigido al ámbito privado, y extendido en el año 2007 al ámbito público. El cual ofrece beneficios fiscales y previsionales para empresas, y ayuda económica en el pago de salarios para aquellos organismos que empleen trabajadores con discapacidad. De las 25.662 personas que se inscribieron en el registro de empleo del Ministerio de Trabajo entre 2010 y 2015, sólo han conseguido trabajo en el ámbito público 90, es decir, el 0,35% (BLOGNA, T. 2016)

Numerosos académicos dedicados al estudio de la discapacidad como el ya citado Mike Oliver (1981), Víctor Finkelstein (1980), Colin Barnes (1996), Paul Abberley (1987), entre otros, desarrollaron el enfoque que encuentra al modelo de producción capitalista como el principal responsable de la exclusión económica y social de las personas con discapacidad tal como la conocemos hoy<sup>4</sup>. Contrariando los postulados sostenidos hasta el momento, los cuales la consideraron en un comienzo como un problema religioso, y posteriormente como un asunto estrictamente médico (PALACIOS, A. 2008).

## II. El capitalismo industrial como productor de discapacidad

Siempre han existido personas con deficiencias físicas, cognitivas o sensoriales, sin embargo, su participación fue mutando de acuerdo a los distintos modos en que las sociedades organizaron sus sistemas de producción.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> “La economía, tanto mediante la actuación del mercado de trabajo como la organización social del trabajo, desempeña un papel clave en la producción de la categoría de discapacidad y en la determinación de las respuestas de la sociedad a las personas discapacitadas. Además, la opresión a la que estas se enfrentan tiene sus raíces en las estructuras económicas y sociales del capitalismo, que por sí mismas producen racismo, sexismo, homofobia, gerontología y discapacidad.” (BARNES, C. 1996)

<sup>5</sup> “El avance científico y tecnológico favorecerá la expansión de los Estados europeos más pujantes. Así será posible que entren en contacto regiones planetarias de las que apenas se tenía noticias. En ese contexto, entre los siglos XV y XVIII se configuró una organización política y económica del mundo cuya influencia se ira notando progresivamente sobre todas

Al situarnos en la Europa preindustrial, advertimos que las personas con discapacidad, aun ocupando la grada más baja de la escala social, no estaban excluidas por completo del proceso productivo. (OLIVER, M. 1981; FILKENSTEIN, V. 1980; JOLY, E. 2007). Al respecto, Marta Russell (2002), expresa:

Las personas con discapacidad eran vistas como infrahumanas y, como muchos otros, sufrieron enormemente bajo condiciones extremadamente difíciles, pero la mayoría estaba integrada a sus comunidades. Algunos sobrevivieron realizando el trabajo que podían, en los campos o en la cocina. Algunos se convirtieron en artesanos habilidosos, dominando una actividad que, notablemente, les permitió trabajar a su propio ritmo.

El paso de una economía agraria y artesanal a una economía basada en la producción industrial y su consiguiente división técnica del trabajo<sup>6</sup>, implicó una modificación sustancial para este colectivo de trabajadores.

Los propietarios de los medios de producción, en función de maximizar sus ganancias, procuraron que los obreros generaran un mayor plusvalor asegurándose que la mayor parte de la jornada laboral consista en trabajo excedente. En este sentido, extendieron las jornadas, incorporaron nuevas tecnologías y asignaron ritmos más acelerados de producción. Todo aquel sospechado de no poder adaptarse a este escenario, era descartado. (MARX, C. 1867; JOLY, E. 2007)

Se encargaron de contratar solo a quienes consideraban capaces de realizar tareas repetitivas durante extensas jornadas laborales en condiciones inhumanas, lo que produjo ruinosos resultados. Al respecto señalaba Friedrich Engels en su obra “La situación de la clase obrera en Inglaterra” (1845):

---

las sociedades y economías locales. Desde este modo la escala de relaciones se “globaliza”. (MEDICI, A.; PESCADER, C.; CATALANI, F. 2012)

<sup>6</sup> Las palabras del industrial inglés, Richard Arkwright, refleja la situación de la época: “...era difícil educar a los seres humanos para que renunciaran a sus desordenados e ineficientes hábitos de trabajo, para identificarse con la invariable regularidad de las máquinas automáticas” (BAUMAN, Z. 1998)

¡He aquí, pues una buena lista de enfermedades, debidas únicamente a la odiosa codicia de la burguesía! Mujeres incapacitadas para la procreación, niños lisiados, hombres debilitados, miembros aplastados, generaciones enteras estropeadas; condenadas a la debilidad y la tisis, y todo ello, ¡únicamente para llenar la bolsa de la burguesía!

En Manchester, se puede ver, aparte de numerosos lisiados, un gran número de mutilados; uno ha perdido todo el brazo o el antebrazo, otro un pie, aun otro la mitad de la pierna; tal parece que se halla uno en medio de un ejército que regresa de una campaña.

En este contexto comienza a utilizarse el concepto de “Discapacidad” entendido como la incapacidad para ser explotado con vistas a maximizar las ganancias de la clase capitalista (RUSSELL, M. 2002). Ante la velocidad y la disciplina cronométrica del proceso productivo fabril, las personas con alguna deficiencia comenzaron a encontrarse en grave desventaja. Se convirtieron en un problema social para el estado capitalista, que respondió con el aislamiento en diferentes instituciones médicas (OLIVER, M. 1998); se las encerró en lo que Foucault (1967) llamó “el gran confinamiento”.

De esta manera, el flamante capitalismo industrial -y en función de sus requerimientos-, segregaba a los “aptos” de los “no-aptos”, reduciendo la *capacidad* de cualquier individuo a la posibilidad de adaptarse al mecánico, repetitivo y veloz proceso productivo. “*Vigilancia y disciplina, para aquellos cuyo trabajo podía ser explotado provechosamente; vigilancia y confinamiento, para aquellos que el mercado no podía emplear lucrativamente*” (RUSSELL, M. 2002). Así, la psicopatía capitalista, que no considera a las personas como tales sino como medio para sus fines (JAUREGUI, I. 2008), se paraba –y aún lo hace- frente a la cinta transportadora, viendo pasar los productos –trabajadores-, y en un sosegado control de calidad descarto a los “dañados”.

Las personas con discapacidad se convertían en el “daño colateral” del progreso económico, desechadas sin mediar palabra, sin importar sus reales aptitudes. Alcanzaba con ser

portadoras del *estigma* (GOFFMAN, E. 2001), para decidir su descarte. Sobre esto volveré más adelante, puesto que es un fenómeno que aún perdura.

Los Estados – como garantes de la reproducción del capitalismo – instauraron la *teoría de la tragedia personal* con el fin de justificar la exclusión económica y social de este colectivo. Según ésta, la discapacidad es un hecho trágico que le ocurre a individuos aislados, de manera aleatoria. Mike Oliver (1998) explica con claridad la función ideológica que desempeñó –y aún desempeña– dicha teoría:

Al igual que la teoría del déficit para explicar el bajo rendimiento académico, o la enfermedad para explicar el comportamiento criminal, al igual que la debilidad de carácter como explicación de la pobreza y el desempleo y, al igual que todas las otras teorías en las que se culpa a la víctima, la teoría de la tragedia personal sirvió para individualizar los problemas de la discapacidad y así dejar intactas las estructuras sociales y económicas.

Asimismo, la teoría de la tragedia personal -transformando lo social en individual-, es capaz de ocultar el innegable vínculo entre la desigualdad y la discapacidad; encubre una serie de factores políticos, sociales y económicos hondamente incapacitantes. Las desventajas corporales y cognitivas fruto de la desnutrición intrauterina y la malnutrición infantil, las discapacidades motrices causadas por las malas condiciones laborales, o aquellas producidas por la contaminación ambiental, solo por mencionar algunas.

En este sentido, la discapacidad se vuelve una herencia social (JOLY, E. 2007). Los datos revelados por el Informe Mundial de la Discapacidad son prueba de ello: el 80% de las personas con discapacidad son pobres. Poseen menor acceso a la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información (OMS y BANCO MUNDIAL 2011).

Podemos decir, sin lugar a dudas, que la situación de las personas con discapacidad a nivel global, refleja el triunfo del

capitalismo en su objetivo por garantizar su reproducción a escala sistémica (SCRIBANO, A. 2007).

### III. Las personas con discapacidad como inempleables

La palabra *desempleo*<sup>7</sup> con su prefijo “des”, subraya una situación fuera de la norma. Sin embargo, para las personas con discapacidad, el desempleo ha sido un estado natural y permanente. Desde que el incipiente capitalismo industrial les dio la espalda, hasta nuestros días.

Aun peor es la situación actual, con fenómenos como el *jobless growth* (crecimiento económico sin empleo) o el *joblose growth* (crecimiento económico con pérdida de empleo); causado, entre otros motivos, por el rápido e incesante desarrollo tecnológico. La digitalización y la robotización de millones de trabajos emerge como una tendencia inevitable dejando a muchas personas sin un puesto de trabajo. Una investigación liderada por Daron Acemoglu (2016), economista y profesor del MIT, estima que desde 1990 a 2007 *cada robot de fábrica destruyó seis puestos de trabajo*. Significando unos 670.000 trabajos perdidos durante los años analizados, solo en EE. UU.

Este contexto no hace otra cosa que disminuir aún más las posibilidades de que las personas con discapacidad encuentren lugares disponibles en el competitivo mercado laboral.

Ayer y hoy, las personas con discapacidad han sido y son *superfluas*<sup>8</sup> frente a la óptica del capitalismo como modelo

<sup>7</sup> “El desempleo, tal y como lo conocemos ahora, no ha existido desde siempre(...) En inglés, el término «unemployment» aparece en el diccionario con su significado actual a finales del siglo XIX. De acuerdo con el New Dictionary of Historical Principles, el término estaba en uso desde 1600, pero con un significado distinto: efectivamente, se refería a hombres y cosas inutilizadas. En cambio, para definir la condición de las personas sin trabajo se aplicaba el término «idleness», y no es casual que signifique no sólo desempleo sino también ocio. En definitiva, para definir al desempleado se aplicaba un término implícitamente despreciativo. (Murray, 1908).” (PUGLIESE, E. 2000)

<sup>8</sup> “Ser “superfluo” significa ser supernumerario, innecesario, carente de uso —sean cuales fueren las necesidades y los usos que establecen el patrón de utilidad e indispensabilidad—.

histórico y social de producción. Puesto que los empresarios y encargados de seleccionar trabajadores suelen considerar a las personas con discapacidad como un grupo de alto riesgo incapaz de alcanzar niveles de productividad normales; a pesar de pruebas que demuestran lo contrario (BORSAY, A. 2008).

Si tuviéramos que definir a una persona sin discapacidad en términos geométricos, frente a una entrevista laboral, podríamos decir que es como un poliedro de veinte caras – icosaedro-, y cada una de ellas representa un aspecto de sí. Podrían evaluar su desempeño de acuerdo a la capacidad para trabajar en forma grupal, si es resolutivo, las dotes para el liderazgo, su presencia, por mencionar algunos. Sin embargo, las personas con discapacidad, parecieran cargar con la *etiqueta* (BECKER, H. 2009) de “inempleable”, sin siquiera entrar dentro de las posibilidades de ser entrevistados. La deficiencia actúa como velo para todo lo demás. En una encuesta realizada en Francia se comprobó que menos de un 2% de aquellos que hicieron mención de una discapacidad en el CV fueron convocados para una entrevista (OIT, 2003). No tener siquiera la posibilidad de ser entrevistados es muestra ineludible de la estigmatización que sufre esta minoría. Existen estudios que han demostrado las virtudes de la intermediación entre las personas con discapacidad y los encargados de reclutar personal, señalando que influye significativamente en el proceso final de selección; demostrando que la ausencia de contacto modifica negativamente las percepciones y los juicios (MACAN, T. y HAYES, T. 1995).

Esta estigmatización, de acuerdo a lo expresado por Link y Phelan (2001) es conformada a través de cuatro componentes: el etiquetamiento de las diferencias humanas; la vinculación

---

Los otros no te necesitan; pueden arreglárselas igual de bien, si no mejor, sin ti. No existe razón palmaria para tu presencia ni obvia justificación para tu reivindicación del derecho de seguir ahí. Que te declaren superfluo significa haber sido desechado por ser desechable, cual botella de plástico vacía y no retornable o jeringuilla usada; una mercancía poco atractiva sin compradores o un producto inferior o manchado, carente de utilidad, retirado de la cadena de montaje por los inspectores de calidad. (BAUMAN, Z. 2005)”

de las personas etiquetadas con características indeseables; la separación de “ellos” (las personas estigmatizadas) de “nosotros”; y la consiguiente pérdida de estatus y discriminación.

A esta creencia por parte de los empleadores y encargados de seleccionar trabajadores, mediante la cual sostienen que las personas con discapacidad no se encuentran preparadas para realizar la mayor parte de los trabajos, debemos sumarle la falta de confianza por parte de las mismas personas con discapacidad (PALACIOS, A. 2008). Tal como señalan Saxton y Howe (1987): “Al ser el blanco de suposiciones incorrectas, nociones estereotipadas y mensajes que invalidan quienes somos comenzamos a creer que son ciertos; interiorizamos la opresión”.

Al mismo tiempo, debemos decir que el desempleo no es un perenne yerro por parte de la economía capitalista. Por el contrario, es inherente a ella (KEYNES, J. M. 1936; MARX, C. 1867).

Hace décadas que la teoría económica dominante señala la necesidad de sostener un umbral de desempleo capaz de mantener salarios bajos, y así evitar la inflación. Así, racionalizan el desempleo, pero siempre sin hacer mención acerca del sistema económico o a las relaciones sociales que lo crean. Numerosa evidencia empírica demuestra la correlación existente entre los niveles de salarios y el desempleo. Cuanto más amplia es la masa de reserva laboral activa, será mayor la competencia por los empleos, lo cual mantiene los salarios a niveles bajos protegiendo los márgenes de beneficio de las compañías (RUSSELL, M. 2008). El economista James Galbraith (1998) explica con simpleza que *“en periodos en los que el nivel de empleo es alto, los débiles ganan terreno sobre los más fuertes; en periodos de alto nivel de desempleo, son los fuertes los que ganan terreno sobre los débiles”*.

El desempleo deliberado, sumado a los prejuicios y mitos que los vinculan con la improductividad, laceran las posibilidades de las personas con discapacidad para encontrar trabajo.

## IV. Reflexiones finales

El primero de los Principios Generales de la Convención, escritos en el artículo 3, reza: *“El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”*.

En su Preámbulo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, manifiesta la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual. Lo que resulta absolutamente inalcanzable si no son admitidos en el mercado laboral, por lo que reconoce expresamente el derecho a trabajar en su Art. 27. Asimismo, términos como “trabajo”, “trabajar”, “empleo”, “emplear”, y “mercado laboral” fueron mencionados un total de 29 veces a lo largo de todo el texto, demostrando la relevancia y el carácter transversal de este derecho.

Sin embargo, *el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo* (ONU 2006) seguirá siendo tan solo una expresión de deseo en tanto el capitalismo global continúe necesitando de desempleados forzosos para funcionar.

Cuando las personas con derechos no tienen el poder y los recursos para competir de la manera adecuada, los derechos no pueden hacer más que reforzar el *statu quo*, debido a que aquellos que quedan sin poder no pueden hacer otra cosa que reclamos esporádicos o simbólicos. (YOUNG, D. y QUIBELL, R. 2000)

A pesar de lo señalado, las personas con discapacidad tienen alternativa: autoorganización y acción directa. La sugerencia de Safilios-Rotchschild realizada en el año 1976 es preciso reproducirla aún hoy:

Puede ser el momento indicado para que las personas con discapacidad generen un movimiento social a imagen de los ejemplos –al menos parcialmente exitosos– del movimiento negro y del movimiento de la mujer. (SAFILIOS-ROTHSCHILD, C. 1976)

Construyendo una identidad política como grupo oprimido (SHAKESPEARE, T. 2008), con potencial capaz de visibilizar los reales motivos de su exclusión económica y social, e incorporando sus demandas a la agenda pública.

## V. Referencias

- ACEMOGLU, D. y RESTREPO, P. (2016). “The Race Between Machine and Man: Implications of Technology for Growth, Factor Shares and Employment”, NBER working paper No. 22252
- BARNES, C. (1998). “Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental”. En Barton, Len [comp.], *Discapacidad y sociedad*, Madrid: Ediciones Morata.
- BAUMAN, Z. (1998). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Gedisa, Barcelona.
- BAUMAN, Z. (2005). *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*. Paidós, Barcelona.
- BECKER, H. (2009). *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- BLOGNA, T. (2008): *El derecho humano al empleo de las Personas con discapacidad: análisis de políticas públicas en el ámbito público nacional de Argentina*. II Simposio Internacional del Observatorio de la Discapacidad. Políticas públicas, ideologías y modos de abordaje de la discapacidad en el marco de las Ciencias Sociales.
- BORSAY, A. (2008). *¿Problema personal o asunto público? Hacia un modelo de políticas para las personas con discapacidades físicas y mentales*. En: Barton, Len, comp. (2008) *Superar las barreras de la discapacidad*. Madrid: Morata.
- CELS (2017). *Situación de las personas con discapacidad en Argentina*.
- ENGELS, F. (1845). *situación de la clase obrera en Inglaterra*. Editorial Futuro, 1965, Buenos Aires.
- FERRANTE, C. (2015). *Discapacidad y mendicidad en la era de la Convención: ¿Postal del pasado?*. *Convergencia, revista de ciencias sociales*, 152.

- FINKELSTEIN, V. (1980). *Attitudes and Disabled People*, Nueva York, World Rehabilitation Fund.
- FOUCAULT, M. (1976) *Madness and Civilization: A History of Insanity in the Age of Reason*. New York, Pantheon.
- FRIEDMAN, M. (1968). The Role of Monetary Policy. *American Economic Review*, 58 (1), 1-17.
- GALBRAITH, J. (1998). *Created Unequal: the crisis in American pay*, Nueva York, Simon & Schuster.
- JAUREGUI, I. (2008). Psicopatía: Pandemia de la modernidad. Nómadas. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*.
- KEYNES, J.M. (1936). *The General Theory of Employment, Interest and Money*. Nueva York: Harcourt and Brace.
- LINK, B. y PHELAN, J. (2001). On the nature and consequences of stigma. *Annual Review of Sociology*; 27: 363-385.
- MACAN, T. y HAYES, T. (1995). Both sides of the employment interview interaction: Perceptions of interviewers and applicants with disabilities.
- MARX, C. (1867). *El Capital: Crítica de la economía política*. Tomo I. Fondo de Cultura Económica. México. 2001
- MEDICI, A.; PESCADER, C.; CATALANI, F. (2012). *Derecho Político Actual: temas y problemas*. Santa Rosa, Universidad Nacional de La Pampa.
- OLIVER, M. (1983). *Social Work with Disabled People*. Basingstoke. Macmillan.
- OLIVER, M. (1986). "Social policy and disability: some theoretical issues", *Disability, Handicap & Society*, Vol. 1.
- OLIVER, M. (1998). ¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada? En Barton, Len [comp.], *Discapacidad y sociedad*, Madrid: Ediciones Morata.
- PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid. Cermi Colección N° 36.
- PUGLIESE, E. (2000). "Qué es el desempleo". En *Política y Sociedad*, No. 34, pp. 59-6
- RICARDO, D. (1817). "Sobre los principios de la economía política y de la tributación". John Murray, Inglaterra.

- RUSSELL, M. (2002). *The political economy of disablement*, 2002. Marta Russell, *The political economy of disablement*, Dollars and Sense, Boston.
- RUSSELL, M. (2008). “Lo que no pueden hacer los derechos civiles en el ámbito de la discapacidad. Empleo y economía política”. En Barton, Len [comp.], *Superar las barreras de la discapacidad*, Madrid: Morata.
- SAFILOS-ROTHSCHILD, C. (1976). “Disabled persons’ self-definitions and their implications for rehabilitation”. En: G. L. ALBRECHT *The Sociology of Physical Disability and Rehabilitation*, Pittsburgh, PA, University of Pittsburgh Press.
- SAXTON, M. y HOWE, F. (1987). *With wings: an anthology of literature by and about women with disabilities*, Nueva York, Feminist Press.
- SCRIBANO, A. (2007). “La sociedad hecha callo: conflictividad, dolor social y regulación de las sensaciones”, en Scribano, Adrián [comp.], *Mapeando Interiores. Cuerpo, Conflicto y Sensaciones*, Córdoba: CEA, UNC, Jorge Sarmiento Editor.
- SHAKESPEARE, T. (2008) *La autoorganización de las personas con discapacidad: ¿Un nuevo movimiento social?* En: Barton, Len, comp. (2008) *Superar las barreras de la discapacidad*. Madrid: Morata.
- UPIAS (1976). *Fundamental Principles of Disability*, Londres: Union of Physucally ground of culture and self.
- YOUNG, D. y QUIBELL, R. (2000). “Why rights are never enough”, *Disability & Society*.

### ***Documentos de Organismos Internacionales***

- OEA (1999). *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*.
- OIT (2003). *Discriminación por razones de discapacidad, Resumen analítico, Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, Trabajar en Libertad*.
- OIT (2008). *Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de las Personas Inválidas*.
- OMS, Banco Mundial (2011). *Informe mundial sobre la discapacidad*.

ONU (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ONU (2006). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ONU (2006)

### ***Leyes y Resoluciones***

Ley N° 22.431

Ley N° 25.689

Ley N° 26.378

Resolución Ministerial N° 802/2004 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

---

# El acto de Gobierno en la impronta constitucional cubana

The act of Government in the Cuban constitutional imprint

O ato do governo na marca constitucional cubana

L'acte de gouvernement dans l'empreinte constitutionnelle cubaine

*Grethel Arias Gayoso*<sup>1</sup> | Universidad de Oriente, Cuba

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 178-203

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e249>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0088-5892>

Recibido: 01/01/2019

Aprobado: 11/03/2019

---

**Resumen:** En el proceso de conformación del Derecho Público, el acto de Gobierno ha devenido en atractiva categoría para el binomio Constitucional-Administrativo. En el artículo se analiza la jurisprudencia del Consejo de Estado francés básica para la configuración actual de la institución, así como las diferentes teorías en las que descansa su esencia: el riguroso sentido del móvil político, la libertad soberana del órgano del cual dimana y la exclusión del control contencioso. La historia constitucional

---

<sup>1</sup> Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Grethel ARIAS GAYOSO (1981), Licenciada en Derecho por la Universidad de Oriente en Santiago de Cuba (2004), Doctora en Ciencias jurídicas (2011), Profesora Titular (2016). Se ha desempeñado como profesora de Derecho administrativo y Derecho urbanístico. Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho administrativo y de la Asociación de Profesionales de Derecho Público y administrativo "Jesús González Pérez". Ha participado en numerosos eventos internacionales (México, Ecuador, España y Cuba) y nacionales y cuenta con un número importante de publicaciones en revistas y contribuciones en libros en Cuba, México, Ecuador España, Brasil, Uruguay, Argentina. Profesora invitada de la Universidad de las Islas Baleares, así como de la Universidad Castilla La Mancha. Es miembro de Comités Académicos de Programas de Maestría en diferentes materias en Cuba, y del Programa de Doctorado de la Facultad de Derecho en la Universidad de Oriente. Email: [garias@uo.edu.cu](mailto:garias@uo.edu.cu)

cubana provee de los elementos que permiten comprender su configuración actual. Con el surgimiento en 1868 de un Gobierno centrado en la preponderancia del Legislativo sobre el Ejecutivo y la Constitución de Baraguá luego se inician las idas y venidas de la conformación del Acto de Gobierno marcando la evolución de la institución y sus matices en un análisis de sus principales hitos constitucionales.

**Palabras claves:** Derecho público. Derecho administrativo. Acto de Gobierno. Constitucionalismo cubano.

**Abstract:** In the process of shaping Public Law, the act of Government has become a category of attractive appeal for the Constitutional-Administrative binomial. The article analyzes the jurisprudence of the French Council of State for the current configuration of the institution, as well as the different theories on which its essence rests: the rigorous sense of the political motive, the sovereign freedom of the organ from which it arises and the exclusion from contentious control. The Cuban constitutional history provides the elements that allows us to understand its current configuration. Following the emergence in 1868 of a Government centered on the preponderance of the Legislative over the Executive, and after the Baraguá Constitution enhanced the role of the Government Act. From this norm and the evolution of the institution will be establishing their nuances in an analysis of the main constitutional moments.

**Keywords:** Public Law. Administrative Law. Government Act. Cuban constitutionalism.

**Resumo:** No processo de conformação do Direito Público, o ato de governo tornou-se em uma categoria atrativa para o binômio Constitucional-Administrativo. No artigo analisa-se a jurisprudência do Conselho de Estado francês básica para a configuração atual da instituição, assim como as diferentes teorias sobre as quais repousa sua essência: o sentido rigoroso do motivo político, a liberdade soberana do órgão do qual emana e a exclusão do controle contencioso.

A história constitucional cubana brinda dos elementos que permitem entender sua configuração atual. Com o surgimento em 1868 de um governo focado na preponderância do Legislativo sobre o Executivo e a Constituição de Baraguá, logo começam-se as idas e vindas da conformação do ato do Governo, marcando a evolução da instituição e seus matices em uma análise de seus principais marcos constitucionais.

**Palavras-chave:** Direito Público, Direito Administrativo, Ato do Governo, Constitucionalismo cubano.

**Résumé:** Dans le processus d'élaboration du droit public, l'acte gouvernemental est devenu une catégorie attrayante pour le binôme constitutionnel-administratif. L'article analyse la jurisprudence du Conseil d'Etat français de base sur la configuration actuelle de l'institution, ainsi que les différentes théories sur lesquelles repose son essence: le sens rigoureux du mobile politique, la liberté souveraine de l'organe dont il est issu exclusion du contrôle contentieux. L'histoire constitutionnelle cubaine fournit les éléments pour comprendre sa configuration actuelle. Avec l'émergence en 1868 d'un gouvernement axé sur la prépondérance de la législature sur l'exécutif et sur la constitution de Baraguá, commence la conformation de l'acte de gouvernement. Processus qui marque l'évolution de l'institution et ses nuances dans l'analyse de ses principaux jalons constitutionnels.

**Mot-clés:** Droit public. droit administrative. acte de gouvernement. constitutionnalisme cubain.

## I. Ideas preliminares

Comprender la construcción jurídica del acto de Gobierno, desde su perspectiva *iusadministrativista*, sin sesgar su importancia para el Derecho Constitucional, requiere, obligatoriamente, de un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés en su rol pretor para la configuración actual del Derecho Administrativo.

Con una esencia política elevada, el Acto de Gobierno se configura, en sus orígenes, con una visión procesalista: comprenderlo implica verificarlo como un ámbito de exclusión de la jurisdicción contenciosa. Se sustenta, además, en la existencia de una libertad de actuación reconocida al órgano de Gobierno, sin necesidad de una habilitación legislativa en que amparar su decisión. Lo anterior motivó, que, en algún momento, esta libertad, constituyera un argumento para comprender dichos actos

como una parcela dentro de la actuación discrecional exenta de control jurisdiccional.

El acto de Gobierno ha mantenido, con matices, la exclusión de la jurisdicción contenciosa, en algunos países de forma más **categorica, y en otros de una manera más limitada**. Sin embargo, en la configuración normativa constitucional cubana actual, no es posible decantar, dentro de las funciones propias del Consejo de Ministros, cuáles se configuran como actos políticos y en consecuencia determinar la exclusión o no del control judicial.

La historia constitucional provee de los elementos que permiten comprender la configuración actual del acto de Gobierno. De dichos instrumentos, puede referenciarse la Constitución de Baraguá, del año 1878. Resultado de un momento posterior al surgimiento en 1868 de un Gobierno centrado en la preponderancia del Legislativo sobre el Ejecutivo, **éste texto constitucional consagra la superioridad del Ejecutivo sobre el Legislativo** y marca el tratamiento de los actos de Gobierno en la normativa constitución actual.

## **II. El acto de Gobierno y la discrecionalidad administrativa: ámbitos de relación y exclusión en la definición de sus contornos**

La asociación teórica entre los actos políticos o actos de Gobierno con aquellos derivados del ejercicio de la potestad discrecional administrativa constituyó, durante una etapa del desarrollo Derecho Administrativo, un hecho prácticamente irrefutable. Esta situación encuentra sustento por un lado, en la libertad de actuación reconocida al órgano de Gobierno, sin necesidad de una habilitación legislativa en que amparar su decisión, constitutivo en algún momento, como argumento para la existencia de la potestad discrecional administrativa ; y por otro, en la exclusión de sometimiento al control jurisdiccional, determinado, en el supuesto de los actos de Gobierno, por el carácter de estas decisiones en la esfera de la política

general del Estado. La acción del Consejo de Estado francés, en su actuación pretoriana, determinó los contornos definitorios y la integración de un catálogo de posibles decisiones comprendidas en esta categoría, en base a lo que la propia labor jurisprudencial denominara actos de Gobierno “por naturaleza”.

Comprender la esencia y configuración del acto político o de Gobierno precisa de un acercamiento a la actuación pretoriana del Consejo de Estado francés quien ha ido determinando sus contornos definitorios y la integración de un catálogo de posibles decisiones comprendidas en esta categoría, en base a lo que denominara actos de Gobierno “por naturaleza”<sup>2</sup>. En este supuesto se incluían los actos del Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento, declaración de estado de sitio, actos diplomáticos y de relaciones internacionales, interpretación de tratados etc. La razón de tal interés, ha estribado en la imposibilidad del control de los mismos en la sede contenciosa. De tal suerte, cuando el Ejecutivo precisa de eximirse de dicho control, alega la existencia de una libertad ilimitada, contenida, presuntamente, en dichas actuaciones.

Los asuntos a los que se refieren los actos políticos trascienden el ámbito ordinario de la actividad administrativa para referirse a asuntos de marcada trascendencia política y estatal, aún y cuando todos sean actos que emanan de niveles diferentes de la Administración. Pese a ello, su asociación con los actos discrecionales fue una realidad teórica y práctica durante un período bastante prolongado. La asociación entre discrecionalidad administrativa y la imposibilidad de afectación de derechos subjetivos no afectados mediante su ejercicio, limitaba el control jurisdiccional de dichas actuaciones. En analogía, como los actos de Gobierno se sustraían a esa modalidad de control, asumíase la improbabilidad de que lesionaran y pudieran reclamarse frente a ellos derechos subjetivos. Autores como Georges

---

<sup>2</sup> VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, p. 252. Sobre la evolución del tratamiento a los actos de Gobierno puede consultarse, BOQUERA OLIVER, José María “Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa” en *Revista de Administración Pública*, p. 35.

VEDEL y Rafael BIELSA sostienen que los actos de Gobierno no dan lugar a acción contenciosa, ya que sostienen que conciernen a las relaciones entre los poderes públicos<sup>3</sup>. En tal sentido, desconocen la posibilidad de derechos subjetivos o intereses legítimos posibles de invocar ante actuaciones de este tipo. Contrario a este criterio se ha entendido que dichos actos emanan del Ejecutivo actuando como órgano administrativo, y consecuentemente, es posible instrumentar contra ellos la acción jurisdiccional, tratándose de la defensa de la legalidad y no de un derecho subjetivo aislado<sup>4</sup>. Situación superada mayoritariamente, al reconocerse como posible, con el ejercicio de la discrecionalidad administrativa la afectación a derechos subjetivos, o en su caso, intereses legítimos, perfectamente reclamables<sup>5</sup>.

Paulatinamente esta analogía ha quedado superada, permitiendo la distinción teórica entre los actos políticos y aquellos derivados del ejercicio de la potestad discrecional de la Administración Pública, posibilitando una limitación sustancial en el ámbito de los segundos, restringiendo una amplia parcela atribuida en un principio a las actuaciones resultantes de esta potestad administrativa.

### **III. El acto de Gobierno. Necesaria reflexión desde la perspectiva del Consejo de Estado francés**

Variados son los ejemplos que pueden citarse en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que contribuyeron

---

<sup>3</sup> BOQUERA OLIVER, José María, "Contencioso administrativo" en *Revista de Administración Pública*, p. 117.

<sup>4</sup> DUGUIT, Leon, *Las transformaciones del Derecho Público*, pp. 276; JÈZE, Gastón, *Los principios generales del Derecho Administrativo. La técnica jurídica, la noción del servicio público. Los individuos adscriptos al servicio público*, pp. 272 y 273.

<sup>5</sup> Sobre la distinción y evolución al tratamiento entre discrecionalidad y Acto de Gobierno: RODRÍGUEZ QUEIRO, Alfonso, "Los actos de Gobierno" en *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 46, pp. 509-511; BOIX PALOP, Andrés, "Muerte y resurrección del acto de Gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés)" en *Revista de Administración Pública*, No. 157, p. 507.

paulatinamente a la configuración de la institución en cuestión. Uno de los primeros referentes, y por el cual se consagró la idea del “móvil político” para dichas actuaciones se registra en 1875: el *Arret* Príncipe Napoleón, CE de 19 de febrero de 1875, Rec. 155, concl. David.

Dicha decisión además, ratifica el carácter procesal del Acto de Gobierno, cuando “El Ministro de Guerra se opone a la demanda invocando el carácter político de la decisión atacada que, por tratarse de un acto de gobierno, escapaba en su concepto, al control jurisdiccional del Consejo de Estado”.<sup>6</sup>

Esta decisión se fundaba en la tradicional teoría del móvil político como criterio de los actos de Gobierno que ya se había venido trabajando desde años antes. En 1822, el Consejo de Estado rechazó la demanda del banquero *Laffitte* que impetraba el pago de las cuotas atrasadas de una renta que le había cedido la princesa *Borghese*, miembro de la familia Bonaparte, por el motivo que el reclamo del señor *Laffitte* se basaba en una cuestión política cuya decisión correspondía exclusivamente al gobierno.

Pese a la trascendencia que significó la decisión Príncipe Napoleón, los actos de gobierno hoy en día no pueden ser objeto de una definición general y teórica, sino que resultan de una lista establecida según la jurisprudencia. Antes, en esa lista, se incluían los actos realizados por los Jefes de Estado en ejercicio del derecho de gracia, los actos de convocatoria de elecciones, entre otros. La lista de actos de gobierno hoy no cobija más que dos series de medidas; los referentes a las relaciones del Gobierno con el Parlamento: y los ligados directamente a las relaciones de Francia con otras potencias extranjeras o con los organismos internacionales. Entre los últimos debe hacerse una mención especial a los tratados y acuerdos internacionales. En efecto, el juez administrativo se abstiene de conocer todos los actos relativos a la elaboración, firma, ratificación, interpretación

---

<sup>6</sup> LONG, Marceau (et. al), *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia administrativa francesa*, pp. 11-13.

y a la ejecución de esos acuerdos. No obstante, en este último particular se alude en el caso francés, desde el año 1946, que los tratados internacionales constituyen una fuente de la legalidad nacional, y en consecuencia, es procedente que los demandantes invoquen la violación de los tratados por un acto administrativo, del mismo modo que invocan la violación de la ley.

Lo cierto es que, la persistencia del desconocimiento de dichos actos de la jurisdicción contenciosa, pese a haber logrado depurarse, aún subsiste en muchos de sus originales supuestos. Entre los ejemplos que trabajó el Consejo de Estado francés, resalta el supuesto de la radiodifusora Montecarlo. En este caso se deja claro que la concesión concedida por el gobierno francés a la sociedad “Radio Montecarlo” para instalar un transmisor de radiodifusión en territorio francés, constituye una autorización con caracteres de acto administrativo unilateral proferido por una autoridad administrativa francesa, y es separable de las relaciones internacionales de Francia y no constituye un acto de Gobierno<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista procesal, el tema de la competencia ofrece un elemento adicional a esta situación, pues no puede afirmarse que se trate, exclusivamente de actos que emanen de las autoridades francesas en el ejercicio de su función gubernamental en oposición a la administrativa, sino que en los mismos coinciden elementos del Derecho constitucional o internacional, o de actos que participan, incluso de la función legislativa.

#### **IV. El acto de Gobierno en la historia constitucional cubana. Impronta en la Constitución cubana actual**

El primer texto constitucional que acogería la República en Armas recibía la impronta de quienes alzaron la Revolución en la Isla. La realidad entonces exigía encontrar el balance entre

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, el caso de Radiodifusión francesa, Te 2 de Febrero de 1950, Rec.652 (S. 1950.3.73. RDP 1950.418, nota Waline, JCP 1950. n. 5542, nota Rivera). CE diciembre 17 de 1982, Sociedad Radio Montecarlo, Rcc.418. LONG, Marceau (et. al), *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia administrativa francesa*, pp. 286-288.

la situación bélica y el orden necesario para la construcción de la República. De escaso articulado se conformaba su estructura. En lo que nos concierne cabe significar la división del poder entre el Poder Legislativo ejercido por la Cámara de Representantes, el Poder Ejecutivo que quedaba en manos del Presidente de la República, sin que fuesen amplias sus facultades en relación al órgano legislativo y el Poder Judicial. Sin hacer mención a la actividad de Gobierno ni delimitar su ejercicio por analogía con las funciones propias del gubernativo, quedaba en manos del Presidente la celebración de tratados, la designación de embajadores<sup>8</sup>. Ya entonces aquellos actos de Gobierno, aún sin someterse a un control estricto de órgano alguno, debían contar con la aprobación de la Cámara de Representantes.

Como ya hemos citado, el *arret* Príncipe Napoleón marcó el rumbo para el ulterior desarrollo jurisprudencial de toda una doctrina referida al acto de Gobierno. Tres años más tarde, Cuba recibía los aires de un nuevo texto constitucional, reducido en extensión como el anterior debido a un conjunto de razones políticas, jurídicas y militares que imposibilitaban la concepción de un Gobierno más allá de aquellas fronteras legales.

La noción de aquel nuevo Gobierno provisional, a tono con la realidad de la República en Armas, parecía haber recibido el influjo del pretor francés y su concepción del “móvil político” respecto al acto de Gobierno. Es así que, la Constitución de Baraguá no sólo se atempera, sino que consigue una visible aleación entre el acto político como supuesto de soberanía de aquel Gobierno provisional y el sentido democrático de la decisión en asuntos de paz, tema de mayor trascendencia respecto al momento en cuestión. Así expone en su artículo 4, como corolario democrático respecto al texto del artículo 3 (El Gobierno queda facultado para hacer la paz bajo las bases de independencia) que:

---

<sup>8</sup> Constitución de Guáimaro, Constitución política que regirá en Cuba mientras dure la Guerra de Independencia, de 10 de abril de 1869, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-10-de-abril-1869/html/> [Consultado 10 de julio de 2017, 8.30 am], Arts 16 y ss.

“No podrá hacer la paz con el Gobierno español bajo otras bases sin el conocimiento y consentimiento del pueblo.”<sup>9</sup>

El texto de la Constitución de Baraguá, marca también otro elemento respecto a la tradición constitucional cubana, persistente hasta hoy y se trata de la fusión, en la máxima instancia del poder de las funciones ejecutivas y de Gobierno y de la necesidad de concentrar en dicho órgano, bajo expresas situaciones, el ejercicio del poder desde sus diferentes vertientes. Si bien, los artículos 2, 3 y 4 son una referencia visible a la partida gubernamental; el artículo 5, nos conduce a la necesidad de reunir la función de promulgación y puesta en vigor de normas jurídicas, clara y visiblemente como elementos pertinentes de las funciones legislativa y ejecutiva.

Con esta misma herencia vio la luz la Constitución de Jimaguayú de 1895. El reconocimiento de un Gobierno con amplias funciones era el resultado, como lo fue en Baraguá, de la necesidad de aunar el poder y la toma de decisiones en los principales ámbitos de decisión de la República formada: Guerra, Interior, Relaciones Exteriores y Hacienda. Nótese que cada una de estas esferas se corresponde con espacios de actuación de la Administración Pública contemporánea en sus diversas manifestaciones. Sin embargo, el Consejo de Gobierno de entonces incorporaba funciones propias de un órgano legislativo<sup>10</sup>, concentrando el ejercicio del poder ejecutivo en el Presidente de la República.

Dos años de vigencia tuvo la Constitución de Jimaguayú, cediendo su espacio a la Constitución de la Yaya. Dicho texto

---

<sup>9</sup> Constitución de Baraguá, de 23 de marzo de 1878, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-23-de-marzo-1878/html/> [Consultado 9 de julio de 2017, 7.25 pm].

<sup>10</sup> Art 3. (1) Dictar todas las disposiciones relativas a la vida civil y política de la revolución, (2) Imponer y percibir contribuciones, contraer empréstitos públicos, emitir papel moneda, invertir los fondos recaudados en la Isla por cualquier título que sean, y los que a título oneroso se obtengan en el extranjero, (3) Conceder patentes de corso, levantar tropas y mantenerlas, declarar represalias respecto a el enemigo y ratificar tratados. Constitución de Jimaguayú, Constitución del Gobierno Provisional de Cuba de 16 de septiembre de 1895, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-16-de-septiembre-1895/html/> [Consultado 9 de julio de 2017, 9.10 pm].

ordenaba, de manera mucho más compleja la República, reconociendo en la estructura estatal bajo el Título Del Gobierno de la República a los Poderes Públicos (Ejecutivo y Judicial) y dentro de ellos al Consejo de Gobierno como órgano depositario del Poder Ejecutivo. Lo interesante resulta que dicho órgano tendría a su cargo “dictar leyes y Disposiciones de carácter general”<sup>11</sup>. Las atribuciones de dicho órgano, integrado por un Presidente, un Vicepresidente y cuatro consejeros a cargo de los principales rubros de la vida política del país (Guerra, Hacienda, Interior y Exterior) se ampliaron considerablemente desde su homólogo en el texto constitucional precedente. Además de las funciones legislativas que le eran reconocidas, vale destacar en cuanto al tema que nos atañe, todo un conjunto de funciones eminentemente gubernativas en los términos en que hemos deslindado su contenido previamente:

- *Determinar la política de guerra y las líneas generales de la campaña e intervenir, cuando a su juicio exista fundado motivo para ello, en las operaciones militares por intermedio siempre de los Generales de la Nación.*
- *Levantar tropas, declarar represalias y conceder patentes de corso.*
- *Conferir los grados militares de Alférez a Mayor General en la forma que establezca la Ley de Organización Militar.*
- *Emitir papel moneda, acuñar ésta, determinando su especie y valor.*
- *Contratar empréstitos, fijando sus vencimientos, intereses, descuentos, corretajes y garantías, y hacer todas las negociaciones que aconseje el bien público, siendo estrechamente responsable del uso que haga de estas facultades y de las que determine el número anterior.*
- *Imponer contribuciones, decretar la inversión de los fondos públicos y pedir y aprobar cuentas de la misma.*

---

<sup>11</sup> Constitución de la Yaya, de 29 de octubre de 1897, Disponible en <http://www.cervantes-virtual.com/obra-visor/constitucion-del-29-de-octubre-1897/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 7.32 pm], Artículo 15.

- *Determinar la política exterior y nombrar y separar agentes Representantes y Delegados de todas categorías.*
- *Conceder pasaportes.*
- *Extender los salvo-conductos necesarios para el ejercicio de las funciones de Gobierno.*
- *Celebrar tratados con otras potencias designando los Comisionados que deben ajustarlos, pero sin poder delegar en ellos su aprobación definitiva. El de paz con España ha de ser ratificado por la Asamblea, y no podrá ni siquiera iniciarse sino sobre la base de independencia absoluta e inmediata de toda la Isla de Cuba.*<sup>12</sup>

De la redacción de sus preceptos cabe destacar que la posición otorgada a la Asamblea de Representantes no es la de un órgano con facultades legislativas, sino constituyentes, Las primeras permanecían en el ámbito de actuación del Gobierno tal y como quedó descrito. Sin embargo, no se excluye de las relaciones entre el Gobierno y la Asamblea el control (mediante acto de censura) que ésta podría realizar sobre los actos de aquel<sup>13</sup>. Y, como en los textos anteriores, se mantiene la esencia democrática de la relación en cuanto a la estricta participación de la Asamblea de representantes para el posible caso de que se pactase la paz, con independencia de que resultase de un acto eminentemente gubernativo, habría de contar con la aprobación de dicho órgano para su firma definitiva.

En el íter que marca la promulgación de nuevos textos constitucionales ante nuevas coyunturas políticas, resulta significativo el que se produce con la Constitución de 1901. Dicho texto, a diferencia de su predecesor reconoce el ejercicio del Poder en sus esferas Legislativa (Congreso), Ejecutiva (Presidente de la

---

<sup>12</sup> Constitución de la Yaya, de 29 de octubre de 1897, Disponible en <http://www.cervantes-virtual.com/obra-visor/constitucion-del-29-de-octubre-1897/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 7.32 pm], Artículo 22.

<sup>13</sup> Constitución de la Yaya, de 29 de octubre de 1897, Disponible en <http://www.cervantes-virtual.com/obra-visor/constitucion-del-29-de-octubre-1897/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 7.32 pm], Artículo 38.

República)<sup>14</sup> y Judicial. Un punto interesante en relación a los textos anteriores es el hecho de que no reconoce el ejercicio del Gobierno como una función. Si bien es posible entenderla del análisis de las funciones del Presidente de la República, y en cuyo caso, resulta interesante, en lo referido a las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo lo dispuesto en cuanto a “presentar al Congreso, al principio de cada legislatura y siempre que lo estime oportuno, un mensaje referente a los actos de la Administración, y demostrativo del estado general de la República, y recomendar, además la adopción de leyes y resoluciones que creyese necesarias o útiles”<sup>15</sup>. Lo interesante del precepto resulta de entender el sentido y alcance del término “actos de la Administración”, si interpretarlo de forma restrictiva y exclusivamente entenderlo como actos en que la Administración actúa por tal, o si entender todos los actos competencia del Presidente, dentro de los cuales se incluyen actos de Gobierno que en consecuencia no escaparían del control por el órgano legislativo.

Perviven entre sus atribuciones como Gobierno:

*- Dirigir las negociaciones diplomáticas, y celebrar tratados con las otras naciones, debiendo someterlos a la aprobación del Senado, sin cuyo requisito no tendrán validez ni obligarán a la República;*

*Suspender el ejercicio de los derechos que se enumeran en el Artículo 40 de esta Constitución, en los casos y en la forma que se expresan en los Artículos 41 y 42;*

*- Recibir a los representantes diplomáticos y admitir a los agentes consulares de las otras naciones;*

*- Disponer como Jefe Supremo, de las fuerzas del mar y tierra de la República. Proveer a la defensa de su territorio, dando cuenta al Congreso, y a la conservación del*

<sup>14</sup> Constitución de 1901, de 21 de febrero de 1901, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-21-de-febrero-1901/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 3.24 pm], Artículo 64.

<sup>15</sup> Constitución de 1901, de 21 de febrero de 1901, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-21-de-febrero-1901/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 3.24 pm], Artículo 68.4.

*orden interior. Siempre que hubiere peligro de invasión o cuando alguna rebelión amenazare gravemente la seguridad pública, no estando reunido el Congreso, el Presidente lo convocará sin demora, para la resolución que corresponda*<sup>16</sup>.

Como deja verse, las funciones que corresponden al órgano ejecutivo en ejercicio de Gobierno resultan notablemente disminuidas en relación al texto anterior, y se escinden en atribuciones del Congreso<sup>17</sup>, sin que resulte absoluto o exclusivo el ejercicio de la función gubernativa en manos del Ejecutivo.

En un clima político de inseguridad e inestabilidad, como quedara redactado en su preámbulo, el Gobierno provisional consagra la Ley constitucional de 3 de febrero de 1934. La estructura establecida por esta norma rompía la tradición establecida hasta el momento. Si bien el Poder Ejecutivo continuaba ejerciéndose por el Presidente de la República y su Consejo de Secretarios<sup>18</sup>, éste último órgano respondía en sus funciones a un órgano legislativo<sup>19</sup>, no así en su composición u organización<sup>20</sup>, por la cual se manifestaba como un auténtico Consejo de Ministros, excluyendo su carácter soberano y representativo.

Si un momento trascendental ha experimentado la historia constitucional cubana ha sido la promulgación de la Constitución

---

<sup>16</sup> Constitución de 1901, de 21 de febrero de 1901, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-21-de-febrero-1901/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 3.24 pm], Artículo 68.7, 11, 16, 17.

<sup>17</sup> Constitución de 1901, de 21 de febrero de 1901, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-21-de-febrero-1901/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 3.24 pm], Artículo 59.

<sup>18</sup> Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-de-cuba-del-3-de-febrero-de-1934/html/> [Consultado 20 de agosto de 2017, 9.16 am], Artículo 46.

<sup>19</sup> Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-de-cuba-del-3-de-febrero-de-1934/html/> [Consultado 20 de agosto de 2017, 9.16 am], Artículo 46 en relación al Artículo 59.

<sup>20</sup> Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-de-cuba-del-3-de-febrero-de-1934/html/> [Consultado 20 de agosto de 2017, 9.16 am], Artículo 54.

de 1940. Más allá de su virtualidad práctica, su texto consagró la recepción de las más modernas corrientes jurídicas de la época.

En esta ocasión el ejercicio del Poder Ejecutivo continúa recayendo en el Presidente, asistido por un Consejo de Ministros de conformación similar al articulado en el texto precedente, pero centrado en funciones de Gobierno, toda vez que el poder Legislativo había quedado en ejercicio del Congreso (entendido Senado y Cámara de Representantes). A diferencia de lo que había ocurrido en la redacción de los textos anteriores, en este caso se aclara quien resulta representante del ejercicio del Gobierno, a tales efectos: “el Primer Ministro representará la política general del Gobierno y a éste ante el Congreso”<sup>21</sup>, y frente al Presidente pues, “corresponderá al Primer Ministro despachar con el Presidente de la República los asuntos de la política general del Gobierno, y, acompañados de los Ministros, los asuntos de los respectivos departamentos”<sup>22</sup>. Sin embargo, al momento de particularizar las funciones propias del Consejo de Ministros es menester dirigirse a las del Presidente<sup>23</sup>, a quien asiste, con lo cual la función de Gobierno se interrelaciona profundamente con el ejercicio del poder presidencial.

El Título XIII marca el régimen de relaciones entre el Congreso y el Gobierno, y reconoce un control legislativo sobre los actos de Gobierno del Primer Ministros y el Consejo de Ministros<sup>24</sup>. Este precepto vendría a compensar la exclusión del

---

<sup>21</sup> Constitución de 1940, de 5 de julio de 1940, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-5-de-julio-1940/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 11.24 am], Art. 154

<sup>22</sup> Constitución de 1940, de 5 de julio de 1940, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-5-de-julio-1940/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 11.24 am], Art. 162

<sup>23</sup> Constitución de 1940, de 5 de julio de 1940, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-5-de-julio-1940/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 11.24 am], Art. 142

<sup>24</sup> Constitución de 1940, de 5 de julio de 1940, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-5-de-julio-1940/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 11.24 am], Art. 164

control jurisdiccional persistente sobre los actos de Gobierno y establece las posibilidades de solicitar la remoción total o parcial del Gobierno planteando la cuestión de confianza derivada del ejercicio del control anteriormente argüido.

Un aspecto interesante nacido a la luz del texto constitucional de 1940 es el referido al reconocimiento del Gobierno local. Si bien la Constitución de 1901 hacía referencia a la ordenación del Régimen Provincial y Municipal y la designación de Gobernadores y Alcaldes<sup>25</sup>, no es hasta el nuevo texto en que se hace visible la referencia directa:

**Artículo 211.-** *El gobierno municipal es una entidad con poderes para satisfacer las necesidades colectivas peculiares de la capacidad local, y es además un organismo auxiliar del Poder Central, ejercido por el Estado a través de todo el territorio nacional.*

**Artículo 212.-** *El Municipio es autónomo. El gobierno municipal queda investido de todos los poderes necesarios para resolver libremente los asuntos de la sociedad local. Las facultades de las cuales no resulta investido el gobierno municipal por esta Constitución quedan reservadas al Gobierno nacional.*

*El Estado podrá suplir la gestión municipal cuando ésta sea insuficiente en caso de epidemia, grave alteración del orden público y otros motivos de interés general, en la forma que determine la ley<sup>26</sup>.*

De tal suerte se amplía el carácter de los actos de Gobierno, esta vez a una nueva instancia ya no identificada exclusivamente con el nivel central, sino que irradia sus efectos a instancias inferiores en el ejercicio de Gobierno.

---

<sup>25</sup> Constitución de 1901, de 21 de febrero de 1901, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-21-de-febrero-1901/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 3.24 pm], Artículos 91-113.

<sup>26</sup> Estas atribuciones quedan ampliadas en el Artículo 213 para la instancia municipal y 233 para la Provincial, Constitución de 1940, de 5 de julio de 1940, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-5-de-julio-1940/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 11.24 am]

El triunfo de la Revolución en 1959 provocó una serie de transformaciones que no podían dejar de lado a la esfera jurídica y de ordenación del país. Los cambios, sin embargo, resultaron de un proceso gradual, y de paulatina determinación y ordenación de los destinos de un país que rompía los esquemas del régimen heredado y establecido hasta entonces.

En el orden constitucional, la Ley Fundamental de 1959 retomó preceptos de la Constitución pretérita incorporando escasos cambios que fueron ampliándose con las Leyes posteriores dictadas por la Revolución en el poder. De tal manera mantuvo la consagración del ejercicio del Poder Legislativo por el Consejo de Ministros<sup>27</sup>, y determinando un conjunto de atribuciones definidas como “propias” y “no delegables”<sup>28</sup>, en las cuales las primeras se correspondían en su esencia y alcance con las que de un verdadero órgano de Gobierno y de las segundas se podía extraer otras que integraban este concepto.

El Poder Ejecutivo se mantiene en ejercicio del Presidente de la República asistido por el Consejo de Ministros, ejerciendo Gobierno en razón de ser Jefe de Estado y representante de la Nación<sup>29</sup>. El ejercicio de Gobierno como herencia del texto de 1940, persiste a instancia local<sup>30</sup>.

La Constitución cubana de 1976, vigente con las modificaciones acontecidas y descendiente declarada en su Preámbulo del movimiento de liberación cubano desde sus inicios en 1868,

---

<sup>27</sup> Ley Fundamental de 1959, de 7 de febrero de 1959, Disponible en <http://www.cervantes-virtual.com/obra-visor/constitucion-del-7-de-febrero-1959/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 3.45 pm], Art. 119.

<sup>28</sup> Ley Fundamental de 1959, de 7 de febrero de 1959, Disponible en <http://www.cervantes-virtual.com/obra-visor/constitucion-del-7-de-febrero-1959/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 3.45 pm], Arts. 120 y 121.

<sup>29</sup> Ley Fundamental de 1959, de 7 de febrero de 1959, Disponible en <http://www.cervantes-virtual.com/obra-visor/constitucion-del-7-de-febrero-1959/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 3.45 pm], Art. 125.

<sup>30</sup> Ley Fundamental de 1959, de 7 de febrero de 1959, Disponible en <http://www.cervantes-virtual.com/obra-visor/constitucion-del-7-de-febrero-1959/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 3.45 pm], Art. 187 y ss.

es heredera de la impronta de los textos constitucionales precedentes que vale la pena significar. A diferencia de las anteriores reconoce un órgano legislativo y constituyente, representativo y supremo de poder: la Asamblea Nacional del Poder Popular<sup>31</sup>.

De esta manera, despojado de las funciones que otrora tuviese asignadas, manteniendo igual nomenclatura, el Consejo de Ministros asume tres funciones que luego se fragmentan en el ámbito local, ellas son: la función ejecutiva, la función administrativa y el Gobierno. El constituyente simbolizaba entonces que no se trataba de una misma función, sino de un órgano con tres caras de pirámide, en el ejercicio de tres funciones que tampoco representan igual contenido. Sin embargo, como hemos venido expresando, si bien los actos en el ejercicio de la función ejecutiva y administrativa son posibles de reclamar en la jurisdicción contenciosa, no sucede igual con los actos de Gobierno; con lo cual, merece la pena revisar dentro del catálogo de funciones reconocidas a dicho órgano dónde encontrar estos últimos. El artículo 98 del texto constitucional cubano, y con posterioridad el Decreto Ley 272 de 2010 en su artículo 12, recogen las atribuciones del Consejo de Ministros y pese a aunar en un mismo órgano el ejercicio de aquellas tres funciones, la técnica legislativa no optó por una clasificación de las mismas que hiciera posible reconocer cuándo el Consejo de Ministros actúa bajo el rubro de su función ejecutiva, cuándo lo hace desde la perspectiva administrativa y cuándo se encuentra en el ejercicio de Gobierno. Sin embargo, más interesante aún resulta que, al hacer mención al Consejo de Ministros, el Decreto Ley 272 sólo significa la función de Gobierno, incluyendo dentro de su catálogo de funciones del artículo 12 – reproductivo del precepto constitucional – todas las atribuciones, ya sean de cualesquiera de aquellas que se le asignan.

En tal sentido, el referente francés ya citado ha contribuido a esclarecer en alguna medida esta situación y a decantar funciones. A tenor de lo anterior debemos significar la recepción

---

<sup>31</sup> Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, Art. 69.

del “móvil político” y del “fin del Estado” como sustento para los supuestos que se reconocen:

- c) *dirigir la política exterior de Cuba y las relaciones con otros Gobiernos,*
- d) *aprobar tratados internacionales y someterlos a la ratificación del Consejo de Estado (nótese en este supuesto que los tratados de paz son competencia de aprobación de la Asamblea Nacional, retomando aquel componente democrático de la declaración de paz que germinó en la Constitución de Baraguá, pero ahora en sede del órgano con función legislativa, art. 75 i),*
- e) *dirigir y controlar el comercio exterior.*

## V. El control jurisdiccional de los actos de Gobierno en Cuba

Como hemos venido planteando, el efecto más trascendental respecto al acto de Gobierno lo constituye su exclusión de la jurisdicción contenciosa. Ciertamente en el caso cubano son escasas las referencias normativas a este particular, y que se escinde en dos momentos fundamentales: la entrada en vigor de la Ley Santamaría de Paredes de 1888, hecha extensiva a la Isla al año siguiente y la Ley de Procedimiento Civil, administrativo, laboral y económico de 2007.

El siglo XIX sorprendió a la Isla con la instauración de un régimen procedimental en materia contenciosa que, heredado de la Metrópoli, reproducía los aspectos dogmáticos de la institución. En este orden establecía:

*Art. 4. No corresponderán al conocimiento de los Tribunales en lo Contencioso-administrativo:*

*1º Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales proceden, ó de la materia sobre la que versen, se refieran á la potestad discrecional (sic).<sup>32</sup>*

<sup>32</sup> Ley de 13 de septiembre de 1888, del Procedimiento Contencioso administrativo en BETANCOURT, Angel C. *Nueva edición del Procedimiento Contencioso- Administrativo vigente en la República de Cuba*, p. 29.

La referencia a los actos discrecionales no es arbitraria. Ya hemos dejado establecido la analogía entre los actos de discrecionales y de Gobierno que imperó durante una significativa etapa. El precepto de la Ley se desarrolla en el Reglamento de la misma, que resulta aún más claro, sin dejar dudas sobre su alcance:

*Art. 4º R.- Corresponde señaladamente á la potestad discrecional:*

*1º Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan ó de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden político, ó de gobierno, y las disposiciones de carácter general relativas á la salud é higiene públicas, al orden público y á la defensa del territorio, sin perjuicio de derecho á las indemnizaciones á que puedan dar lugar tales disposiciones (sic).<sup>33</sup>*

Siendo así la exclusión resulta categórica: no es posible interpelar en sede jurisdiccional los actos resultantes del ejercicio de la función de Gobierno, quedando subsistente, como mecanismo controlador, y en los casos en que los textos constitucionales así lo proveyeran, el control del Legislativo sobre el Ejecutivo, y las propias trabas constitucionales establecidas a cada uno de los supuestos de estos actos.

Esta postura, marcada por la supervivencia de la Ley se mantiene hasta entrado el siglo XX, pero ya entonces ALVAREZ TABÍO señalaba que tanto el acto de Gobierno como el acto administrativo deben ejercerse dentro de un orden jurídico preestablecido por el Estado; y añadía "ningún acto de gobierno es *"legibus soluta"*"<sup>34</sup>. Este criterio fundamenta la necesidad de reducir al máximo los actos de Gobierno, pues en opinión del

---

<sup>33</sup> Reglamento de ejecución de la Ley de 13 de septiembre de 1888, de 29 de diciembre de 1890 en BETANCOURT, Angel C. Nueva edición del Procedimiento Contencioso- Administrativo vigente en la República de Cuba, p.23.

Nota de la autora, el subrayado en la cita es nuestro.

<sup>34</sup> ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. *El proceso contencioso- administrativo. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, p. 393.

autor, no resulta posible una actividad no sometida a control jurisdiccional<sup>35</sup>.

A esta disposición normativa le precedió la Ley No. 1261 Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, que en materia administrativa reproducía la disposición anterior. Con lo cual nos lleva a omitir su análisis y pasar de lleno a la norma adjetiva posterior y a mencionar el catálogo de excepciones del art. 657 de la actual Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico<sup>36</sup>. Dicha norma, aún sin emplear el término de manera explícita, introduce dentro de sus excepciones actuaciones que se enmarcan dentro de las que ya hemos analizado como actos de Gobierno, aunque otros queden excluidos, con lo cual no es posible apreciar una sistemática al respecto. Dentro de dichas materias excluidas se reconocen los apartados 1, 2 y 3, a tenor:

- La defensa nacional, la seguridad del Estado, el orden público y las medidas adoptadas en circunstancias excepcionales para salvaguardar los intereses generales,
- Las transacciones en divisas o valores extranjeros y el control de cambios,
- La planificación de la economía nacional.

Tampoco pueden ser objeto de controversia administrativa los Acuerdos del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros.

Lo destacable de estas excepciones es que aún sin denominarlos actos de Gobierno en no todos los supuestos son resultado del ejercicio de la función del Consejo de Ministros como órgano que constituye el Gobierno de la República, con lo cual queda dispersa dicha función entre otros órganos a este nivel: la Asamblea Nacional, el Consejo de Estado y bajo circunstancias excepcionales, el Consejo de Defensa Nacional.

---

<sup>35</sup> ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. *El proceso contencioso- administrativo. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, p. 391.

<sup>36</sup> Ley No. 7 "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico", Gaceta Oficial Ordinaria, No. 34, de 20 de agosto de 1977, y posteriormente modificada por el Decreto Ley No. 241, Gaceta Oficial Extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre de 2006.

Más interesante aún resulta el último párrafo de dicho artículo 657 cuando, a pesar de coincidir en el Consejo de Ministros funciones, además, de ejecución y administración, no permite la posibilidad de impugnación de sus acuerdos, ofreciéndoles igual inmunidad que a los actos que de él emanan en su función de Gobierno; y haciendo extensiva esta situación al Consejo de Estado. Lo real es que, no merecen igual tratamiento dichas actuaciones cuando no se interpelan de las funciones de “dirección política” o de contenido constitucional o de relaciones con otros órganos. En el caso del primero, se trata de actuaciones derivadas del ejercicio de su función administrativa y que, sujetas, como deberían, a dicha rama jurídica, podrían ser perfectamente interpelables en la jurisdicción contenciosa.

## VI. Ideas conclusivas

No puede declararse zanjado un tema de polémica tan acentuada como el que nos ocupa. No ha podido declararse cerrado el debate en los predios del Derecho Administrativo, y por consecuencia lo que de él trasciende al Derecho constitucional. El objeto de estas líneas, más que pretender un análisis de la procedencia o no de su control jurisdiccional – que ha constituido por mucho el epicentro de sus críticas –, ha concentrado sus esfuerzos en atraer los antecedentes constitucionales que han definido el rumbo de la institución en la actual normativa cubana. De todas ellas, la Constitución de Baraguá marcó un hito significativo, en cuanto al reconocimiento de la preponderancia de los actos del Ejecutivo. En este sentido se ha alzado como tradición en los textos constitucionales cubanos la exigencia de la ratificación del Legislativo de muchos de los actos de Gobierno más significativos, incorporando un componente democrático y popular en variante de mecanismo de control de los mismos.

Otro de esos grandes hitos quedó marcado por la Constitución de 1940 y la extensión de los actos de Gobierno a las instancias locales, que si bien había sido mencionado en

el texto precedente, es en ésta, la de 1940, donde acoge todo su esplendor. Por su parte, la Constitución de 1976 aporta el reconocimiento explícito de un órgano que asume tres funciones claves: la Ejecución, la Administración y el Gobierno, en un amasijo que precisa definición, sobre todo por la trascendencia al control jurisdiccional que se ha señalado.

Lo cierto de todo lo anteriormente expuesto es que no está cerrado el debate a la polémica de esta institución. En empeño que aúne a constitucionalistas y administrativistas hay mucho que discutir al respecto. El empeño mayor queda centrado en el perfeccionamiento de su regulación y en la posibilidad de su control, sea mediante uno u otros mecanismos. El verdadero empeño comienza con la apertura al debate y a la exposición de puntos de vista coincidentes o divergentes. Para todo ello también resulta significativo el conocimiento previo, la tradición histórica y constitucional de un país que defiende y preserva sus raíces.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ TABÍO, Fernando. *El proceso contencioso- administrativo. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*, Librería Martí, La Habana, 1954.
- BETANCOURT, Angel C. *Nueva edición del Procedimiento Contencioso- Administrativo vigente en la República de Cuba*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y C<sup>a</sup>, La Habana, 1916.
- BIELSA, Rafael, *Estudios de Derecho Público*, Tomo I, Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1950.
- BOIX PALOP, Andrés, “Muerte y resurrección del acto de Gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés)” en *Revista de Administración Pública*, No. 157, Enero-Abril 2002, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BOQUERA OLIVER, José María, “Contencioso administrativo” en *Revista de Administración Pública*, No. 26, Mayo-Agosto 1958, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- BOQUERA OLIVER, José María, “Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa” en *Revista de Administración*

*Pública*. No. 40, Enero-Abril 1963, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

- BOQUERA OLIVER, José María, “Criterio conceptual del Derecho Administrativo” en *Revista de Administración Pública*, No. 42, Septiembre-Diciembre 1963, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, “La doctrina del acto político (especial referencia al Derecho italiano)” en *Revista de Administración Pública*, No. 53; Mayo-Agosto 1967, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- DE ARCENEGUI, Isidro E., “Modalidades del acto administrativo” en *Revista de Administración Pública*, No. 84; Mayo-Agosto 1967, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, TEA., Buenos Aires, 1956.
- DUGUIT, Leon, *Las transformaciones del Derecho Público*, traducción con estudio preliminar de Adolfo POSADA y Ramón JAEN, 2<sup>da</sup> edición, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926.
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*. Traducción española. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública*, No. 38, Mayo-Agosto 1962, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- GONZÁLEZ BERENGUER, José Luis, “Materia contenciosa y fiscalización de la discrecionalidad” en *Revista de Administración Pública*, No. 37, Enero-Abril 1962, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- JÈZE, Gastón, *Los principios generales del Derecho Administrativo. La técnica jurídica, la noción del servicio público. Los individuos adscriptos al servicio público*, Tomo I, Traducción de la 2<sup>da</sup> edición por Carlos GARCÍA OVIEDO, Reus S.A, Madrid, 1928.
- LONG, Marceau (et. al), *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia administrativa francesa*, 2da. Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Colombia, 2009.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “El exceso de poder como vicio del acto administrativo” en *Revista de Administración Pública*, No. 23, Mayo-Agosto 1957, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- MONACELLI, Gualterio, *Elementos de Derecho Administrativo y legislación fiscal y aduanera*, 9na edición, totalmente revisada y actualizada, El Ateneo, Buenos Aires, 1961.
- RODRÍGUEZ QUEIRO, Alfonso, “Los actos de Gobierno” en *Revista de Estudios de la Vida Local*, No. 46, Año VIII, Julio-Agosto 1949, INAP, Madrid.
- SERRANO GUIRADO, E., “La justicia administrativa” en *Revista de Administración Pública*, No. 6, Septiembre-Diciembre 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- VEDEL, George, *Derecho Administrativo*. 1era edición. Traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado. Aguilar S.A., Madrid. 1980.

### **Legislación**

- Constitución de Guáimaro, Constitución política que regirá en Cuba mientras dure la Guerra de Independencia, de 10 de abril de 1869, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-10-de-abril-1869/html/> [Consultado 10 de julio de 2017, 8.30 am]
- Constitución de Baraguá, de 23 de marzo de 1878, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-23-de-marzo-1878/html/> [Consultado 9 de julio de 2017, 7.25 pm].
- Constitución de Jimaguayú, Constitución del Gobierno Provisional de Cuba de 16 de septiembre de 1895, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-16-de-septiembre-1895/html/> [Consultado 9 de julio de 2017, 9.10 pm].
- Constitución de la Yaya, de 29 de octubre de 1897, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-29-de-octubre-1897/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 7.32 pm].
- Constitución de 1901, de 21 de febrero de 1901, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-21-de-febrero-1901/html/> [Consultado 18 de agosto de 2017, 3.24 pm]

Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-de-cuba-del-3-de-febrero-de-1934/html/> [Consultado 20 de agosto de 2017, 9.16 am]

Constitución de 1940, de 5 de julio de 1940, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-5-de-julio-1940/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 11.24 am]

Ley Fundamental de 1959, de 7 de febrero de 1959, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-del-7-de-febrero-1959/html/>, [Consultado 20 de agosto de 2017, 3.45 pm],

Constitución de la República de Cuba, Editora Política, La Habana, 2010.

Ley No. 1261 “Ley de Procedimiento Civil y Administrativo”, Gaceta Oficial Ordinaria, No. 1, de 4 de enero de 1974.

Ley No. 7 “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico”, Gaceta Oficial Ordinaria, No. 34, de 20 de agosto de 1977, y posteriormente modificada por el Decreto Ley No. 241, Gaceta Oficial Extraordinaria, No. 33, de 27 de septiembre de 2006.

Decreto-Ley No. 272, “De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros”, Gaceta Oficial Ordinaria, No. 033, de 13 de agosto de 2010.

---

## La autonomía de la voluntad como principio previo a la autoconfiguración de las cláusulas del contrato

The autonomy of the will as a principle prior to the self-configuration of the clauses of the contract

A autonomia da vontade como princípio anterior à autoconfiguração das cláusulas do contrato

L'autonomie de la volonté comme principe préalable à l'autoconfiguration des clauses du contrat

*Idarmis Knight Soto*<sup>1</sup> | Universidad Ciego de Ávila  
*Marla Iris Delgado Knight*<sup>2</sup> | Máximo Gómez Báez, Cuba

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

Año 4/Nº 10 verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 204-216

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e250>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4713-7488> y [0000-0003-1206-2092](https://orcid.org/0000-0003-1206-2092)

Recibido: 17/11/2018

Aprobado: 12/03/2019

---

**Resumen:** La autoconfiguración de las cláusulas del contrato sobreviene en obligaciones entre las partes y, de conformidad con la autonomía de la voluntad, responden al interés general, como principio previo al ordenamiento jurídico. La sistematización de su fundamento jurídico permite -mediante un análisis lógico- la concreción de conocimientos sobre la estructura teórica del contrato como instrumento jurídico regulador de la economía. Dicho análisis se basa en la buena fe que irrumpe como un principio general del Derecho, que construye actuaciones condicionadas y derivan consecuencias jurídicas a interpretarse de la forma que más

---

<sup>1</sup> Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular Universidad Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Consultora Jurídica.

<sup>2</sup> Especialista en Derecho Civil Patrimonial de Familia. Profesora Asistente. Universidad Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Notaria

favorezca su aplicación. Esa interpretación es la vía para alcanzar la progresividad de los derechos del individuo en la sociedad a partir del desarrollo de las políticas públicas.

**Palabras claves:** autonomía de la voluntad. contratos. buena fe.

**Abstract:** The autoconfiguration of the clauses of the contract ensues in obligations between the parties and in accordance with the autonomy of the will respond to the general interest, as a prior principle to the legal system, the systematization of its legal basis allows through a logical analysis the concretion of knowledge about the theoretical structure of the contract as a regulatory legal instrument of the economy, based on good faith that breaks down as a general principle of law, which constructs conditioned actions and derives legal consequences to be interpreted in the way that favors its application, as a way to achieve the progressiveness of the rights of the individual in society based on the development of public policies.

**Keywords:** autonomy of the will, contracts, good faith.

**Resumo:** A autoconfiguração das cláusulas do contrato sobrem em obrigações entre as partes e de acordo com a autonomia da vontade respondem ao interesse geral, como princípio prévio ao sistema jurídico, a sistematização da sua base jurídica permite através de uma análise lógica a concreção do conhecimento sobre a estrutura teórica do contrato como instrumento jurídico regulador da economia, baseado na boa-fé que se decompõe como um princípio geral do direito, que constrói ações condicionadas e derivam consequências jurídicas a interpretar-se da maneira que mais favoreceu a sua aplicação, como forma de alcançar a progressividade dos direitos do indivíduo na sociedade a partir do desenvolvimento de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Autonomia da vontade. Contratos. Boa-fé.

**Résumé:** L'autoconfiguration des clauses du contrat se termine par des obligations entre les parties conformément à l'autonomie du testament, en réponse à l'intérêt général en tant que principe prioritaire de l'ordre juridique. La systématisation de sa base juridique permet, à travers une analyse logique, de concrétiser des connaissances sur la structure théorique du contrat en tant qu'instrument juridique réglementaire de l'économie. Cette analyse est fondée sur la bonne foi, qui est érigée

en principe général du droit et construit une action conditionnée et des conséquences juridiques à interpréter de la manière qui favorise le mieux son application. Cette interprétation est le moyen de parvenir à la progressivité des droits de l'individu dans la société sur la base de l'élaboration de politiques publiques.

**Mot-clés:** Autonomie de la volonté. Des contrats. De bonne foi.

---

## I. Exordio

El contrato como acto jurídico es aquel mediante el cual se crean, modifican y extinguen relaciones jurídicos- económicas de naturaleza obligatoria, para la ejecución de una actividad productiva, comercial o de prestación de servicios, en el que intervienen tanto personas naturales y jurídicas nacionales<sup>3</sup> como personas naturales y jurídicas extranjeras que estén domiciliadas establecidas o autorizadas para operar en el país<sup>4</sup>. Constituye una institución reguladora, al que la ley le otorga poder en la concertación, interpretación y ejecución, no solo a las partes contratantes sino también cuando se adquiere relación con terceros.

Con fundamento en lo antes expuesto este artículo tiene como objetivo un somero estudio teórico sobre los principios que rigen las relaciones contractuales y así la igualdad como principio informante entre las partes conlleva a una forma de comportamiento que no distorsiona las cláusulas convenidas en el contrato, y su razón jurídica impone límites al desequilibrio contractual, que en principio se hace previsible en determinadas circunstancias, su fuerza vinculante permite la intangibilidad<sup>5</sup>, de ahí su obligatoriedad una vez celebrado.

---

<sup>3</sup> Vid. artículo 39.1 de la Ley 59 "Código Civil Cubano", de fecha 16 de julio de 1987

<sup>4</sup> Vid. artículo 1 del Decreto Ley 304, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba Ordinaria en fecha 27 de diciembre del 2012

<sup>5</sup> Ninguna de las partes puede unilateralmente modificar o extinguir el contrato (...). La sentencia no. 154, de la Sala Económica del Tribunal Supremo de la República de Cuba,

## II. La autorregulación de las relaciones contractuales. Generalidades

En la génesis de una relación contractual con la declaración de voluntad, sin reserva, se reconoce el objeto y la causa de la obligación, este perfil vinculante es a través de la aceptación expresa de la oferta, que puede llegar al oferente por cualquier medio de comunicación, o en su defecto de forma tácita mediante cualquier acto que indique su conformidad, para esta última condición el silencio o la inacción, por sí solos no constituyen aceptación, es inaplicable la cláusula contractual que sea contraria a una norma imperativa y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes.

La oferta prescribe a los veinte días, de no estar el plazo previamente determinado, de esta forma la validez es un argumento de hecho valorativo con criterio de pertenencia ya sea de adecuación o incompatibilidad al mandato de la norma, se trata de buscar la eficacia del acto como eslabón en el tráfico mercantil.

Ahora bien, la oferta puede realizarse a través de condiciones generales las cuales constituyen cláusulas preparadas redactadas por una de las partes y presentada a la otra mediante proformas, las cuales son negociables y las modificaciones esenciales que se produzcan constituyen una contraoferta que acaece en una nueva oferta, y para que tenga sentido las cláusulas con una agudeza inmediata deben manifestarse de forma contigua de manera tal que pueda cristalizar el contrato.

A *contrario sensus*, los contratos de adhesión constituyen una forma de obligarse la persona natural o jurídica para

---

dictada en fecha 24 de diciembre de 2012, aduce sobre la contradicción subsistente sobre extremos fundamentales, no dilucidados, que, trascendiendo a lo resuelto, por la iniquidad del proceso, provoca la nulidad de las actuaciones y su retroacción, para que, en ejercicio de la facultad saneadora del tribunal, se subsane la omisión padecida que impidió la resolución efectiva del fondo del asunto. *Vid.* Art. 7 Decreto Ley 304/12. Para abundar en el tema *Cfr.* ALBALADEJO GARCIA, M.(1994), Derecho Civil, *La obligación y el contrato en general*, V.1, Novena Ed. Bosch, Barcelona. pp. 444-448

recibir la prestación de los servicios públicos que se le oferta, fue denominado de esta forma en la doctrina por SALEILLES<sup>6</sup>, constituye una materialización de la voluntad del oferente a través de la aceptación de sus cláusulas mediante documentos preestablecidos, una vez puesto en conocimiento de los adherentes. Resulta interesante aclarar que esas cláusulas no pueden transformarse en abusivas y aunque su interpretación en ocasiones puede resultar oscura (*Interpretatio contra proferentem*) se admite reclamaciones de carácter formal y previo que impida el perjuicio de los adherentes.

En este sentido coincidimos en que los derechos subjetivos de obligación aparece ante distintas situaciones: a) conducta propia, jurídicamente autorizada y protegida, que viene determinada por el deber que los demás tienen de no realizar ningún acto que pueda perturbarla o hacerla imposible; b) facultad de exigir una conducta de otro; c) poder jurídico de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas<sup>7</sup>. Por ello, los beneficios del fin práctico de la estandarización de los contratos de adhesión deben gozar de una sólida base jurídica que les permita a los adherentes interpretar las obligaciones como norma de deber jurídico, liberadas de tensiones que articulen posible abuso de derecho, evitando la preeminencia de algunas de las partes.

Otras modalidades reconocidas en materia contractual en la legislación patria son las bases permanentes de contratación y contratos marcos los cuales se encadenan con sucesivos contratos que se otorguen entre ellos, las primeras constituyen indicaciones o líneas generales que se toman en cuenta para la contratación y los segundos constituyen contratos cuyas cláusulas, ya definidas, exigen precisiones que se concretarán en el futuro.

---

<sup>6</sup> Cfr. DIEZ-PICAZO, L. (1996), Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. *Introducción teoría del contrato*, Vol. I, 5ta edición, Editorial Civitas Madrid, p.347

<sup>7</sup> Cfr. RECASENS, L. (1986), *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 3ªed., Ed. Porrúa, México, pp.232-233

Si bien los tratos preliminares se instituyen mediante negociaciones dirigidas a la concertación de un contrato, la responsabilidad precontractual no debe objetarse, toda vez que obliga a la reparación inicial, por causales diversas que socavan la buena fe y consiguientemente provoca su ruptura salvo causas justificadas de desistimiento. La propensión negativa o positiva que se asuma responde a la pretensión unilateral de las partes.

El contrato como documento público reivindica su eficacia desde su esencia jurídica que muestra su valor constitutivo con fuerza obligatoria para las partes, sin embargo el contrato verbal aparece reconocido en la legislación cubana<sup>8</sup>, y resulta interesante acotar que las prestaciones sucesivas que se realicen se concretaran mediante un contrato escrito, el cual constituye un nuevo contrato aunque el objeto de la prestación sea idéntico.

## **II.1. La coherencia jurídica y la integración como principios en el contenido general del contrato**

La relación jurídica entre las partes de un contrato constituyen la manifestación de voluntad de ambas, sus intereses de forma consensuada aparecen ajustados a la realidad práctica del objeto del contrato y de la prestación que derivan, el contenido general de las obligaciones está determinado además por los plazos para su cumplimiento, términos y reglas internacionales, precios y tarifas, condición de pago, los efectos de la falta de pago, parámetros de calidad, plazos de garantía comercial, del seguro, soluciones alternativas para el cumplimiento, exclusividad, aviso, limitación o exención de la responsabilidad, solución de controversias, modificación y terminación del contrato, vigencia del contrato, así como por otros pactos que se quieran incorporar.

La materialización del contenido del contrato constituye el compromiso y reglas de conductas entre las partes, que a nuestro criterio se convierten en obligaciones de deber y poder

---

<sup>8</sup> Como regla general el contrato debe ser escrito, bien sea manuscrito, en forma documental expresa o en sujeción a otro tipo de formalidad. *Vid.* Artículo 31.1 del Decreto Ley 304/12

en la relación jurídica y producen efectos en función del interés general con cláusulas de alcance subordinado y social de organización, teniendo en cuenta el sistema de propiedad imperante, la propiedad social.

Por tanto la eficacia del contenido del contrato se encuentra en el cumplimiento de las cláusulas pactadas entre las partes, que no actúan de forma aisladas, sino de forma sistémica con fundamento de validez, logrando la conservación del contrato de manera que la interpretación produzca algún efecto, antes que privar a alguna de ellas, independientemente al cambio de situación patrimonial anterior y posterior al acto.

La coherencia jurídica constituye un corolario de la unidad del contrato y como principio general del Derecho posee valor axiológico que permite orientación ética y tiene sentido dispositivo.

Las fuentes de integración del contrato obligan a distinguir desde soluciones propias, el valor del derecho imperativo, la voluntad de las partes, el derecho dispositivo, hasta los usos y prácticas comerciales generalmente aceptadas, como por ejemplo las reglas de UNIDROIT<sup>9</sup>. La Sentencia no. 92 dictada por la Sala Económica del Tribunal Supremo Popular se pronunció en cuanto a la ineficacia de la cláusula compromisoria al arbitraje por constituir el conflicto sobre disolución de empresa mixta una cuestión de orden público sometida al conocimiento de los tribunales de la jurisdicción ordinaria o estatal cubana por imperatividad de la norma<sup>10</sup>.

La exigencia de coherencia jurídica en la relación contractual constituye un componente legitimador del principio de

---

<sup>9</sup> Las fuentes de autointegración se encuentran cuando los mecanismos de integración o las fuentes de integración se encuentran en el mismo ordenamiento jurídico, en su interior sin tener que salir de él para completarlo. Por el contrario la heterointegración se refiere a la búsqueda de integración fuera del ordenamiento jurídico, acudiendo a fuentes externas como pueden ser las costumbre, jurisprudencia (...), Cfr. Fernández Bulté, J.(2004), *Teoría del Derecho*, Ed. Félix Varela , La Habana , p.230

<sup>10</sup> *Víd.* Sentencia No. 92 de fecha 24 de julio del 2012

buena fe que impide la presencia de cláusulas abusivas y suscita la debida protección al consumidor, se trata de evitar efectos discordantes entre el objeto y fin del contrato, constituye una unidad interna para evitar antinomias y lagunas en la aplicación de las cláusulas del contrato.

De lo anteriormente expuesto el *íter* del contenido del contrato es un esquema estructurado con características ordenadora, fuente del nacimiento de la relación jurídica que tiene eficacia modificativa y extintiva en virtud de cambios objetivos o subjetivos, primando la intangibilidad y la autonomía de la voluntad como principios.

La eficacia modificativa del contrato está caracterizada por los acuerdos de las partes, disposición legal o por decisión judicial, sus causas pueden hacerse constar en suplemento el cual forma parte del contrato. No se ha de olvidar que cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual a través de un contrato básico.

La eficacia extintiva del contrato deja sin efecto la relación jurídica contraída entre las partes, se produce por acuerdos adoptados entre ellas, declaración judicial o cualquier otra de las causas reconocidas en las normas jurídicas, la parte causante responde de los daños y perjuicios que pueda causar excepto cuando existan causas que reputen exención de la responsabilidad. La norma es clara al señalar que la resolución unilateral del contrato por incumplimiento esencial posee un arquetipo de incidencia para la otra parte por ejemplo si el incumplimiento recae en algunas de las obligaciones principales y se priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, o si el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones objetivas y fundadas para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra.

De cualquier modo, la resolución resarcitoria produce efectos encausados a la reparación del daño e indemnización de los perjuicios ocasionados, quedando expedita la vía de solución de controversia, sin dejar de advertir que el fenómeno causal no afecta las cláusulas que regulen los derechos y obligaciones de

las partes, por lo que se retrotrae y se adecua a la satisfacción del interés general.

La eficacia y relatividad del contrato son coherente, la relación jurídica contraída entre las partes preconcebida de una situación jurídica produce consecuencias, pero en modo alguno genera obligaciones para terceros, ni estos tienen derecho a invocarlo para hacer recaer sobre las partes obligaciones que estas no han convenido.

## ***II.2. El valor informante de la hermenéutica contractual***

Las VII Partidas de Alfonso el Sabio exponían que interpretar la ley, conocerla, “no es decorar las letras de ella”, es comprender su sentido, captar su espíritu, precisar su fin<sup>11</sup>.

DIEZ PICAZO<sup>12</sup> planteó que la tarea interpretativa comprende, de esta suerte, una serie de actividades que no tienen siempre el mismo signo:

1. En primer lugar la interpretación exige la determinación del sentido de cada uno de los elementos de supuestos de hecho normativo.
2. El segundo lugar, cuando en el supuesto de hecho normativo aparecen conceptos indeterminados la interpretación exige la atribución a los mismos de una carga de valor.
3. El tercer lugar la interpretación impone la búsqueda de un esclarecimiento de las consecuencias que la norma liga con su supuesto.
4. Por último, cuando la norma establece una consecuencia que no se encuentra absolutamente determinada, la interpretación exige la adopción de una decisión.

La calificación del contrato descansa en su contenido, con independencia de la denominación que las partes asignen y la interpretación de las cláusulas oscuras debe favorecer a la parte

<sup>11</sup> Cfr. FERNÁNDEZ BULTÉ, J.: *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 208

<sup>12</sup> Cfr. DIEZ PICAZO, L.(1970), *La interpretación*, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, p.711.

que no la haya propuesto o redactado, de existir dudas sobre circunstancias accidentales y el contrato es gratuito, se interpreta a favor de la menor transmisión de derechos e intereses, si por el contrario es oneroso, debe interpretarse a favor de la mayor reciprocidad de prestaciones.

En el supuesto que exista contradicciones entre las condiciones generales y particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecen estas sobre aquellas, salvo que las primeras resulten más beneficiosas sobre las segundas para la parte que no las propuso o no las redactó.

En tal sentido esta interpretación *pro consumatore* o *contra proferentem* es una regla que tutela al consumidor y evita la aplicación de cláusulas abusivas, sin embargo un análisis esquemático de la doctrina puede conllevar a un injusto actuar contractual, el remedio está en la búsqueda de la orientación cuyas consecuencias jurídicas favorezcan al consumidor en plano de igualdad ante la ley como mandato constitucional. Se trata en definitiva de buscar la conservación del contrato, al otorgarle sentido a todas sus cláusulas para que produzcan efectos como cuestión esencial y técnica en la práctica contractual, protegiendo su integridad con justo sentido para encontrar la voluntad de las partes, que de tal suerte no se desnaturalice los derechos subjetivos de obligación con alcance de comportamiento en la sociedad.

La estructura jurídica de las cláusulas de los contratos es heterogénea configurada típicamente por su contenido, la interpretación como principio rector tiene basamento en la preeminencia de la obediencia debida a las normas imperativas, bajo el principio de la declaración de voluntad de las partes para darle eficacia al acto e imponer un significado que esté íntimamente ligada a la responsabilidad. De ahí que la información sustancial que se deriva del contrato debe ser oportuna, transparente, evitando un lenguaje ambiguo.

La mayor virtualidad de la interpretación jurídica es buscar la intención de las partes o de una de ellas para precisar las

vías que conduzcan a evitar ambigüedades y de esta forma evitar abuso del derecho ya sea por ejercitar un derecho contrario a los fines económicos sociales o para dañar a la otra parte, el Código Civil cubano como norma supletoria a la legislación económica se pronuncia en su artículo 4 de la siguiente forma (...) no es lícito su ejercicio cuando el fin perseguido sea causar daño a otro.

También en el orden doctrinal no debemos olvidar que los actos propios “(...) son aquellos que como expresión de libre y espontánea decisión se realizan con el fin de crear, extinguir o modificar algún derecho, luego entonces la teoría del acto propio tiene como esencia la de que así como nadie puede ser perjudicado por actos ajenos, tampoco ninguna persona puede ir válidamente contra sus propios actos, y ello porque si bien toda persona es libre de realizar o no un acto, al realizarlo y reconocer algún derecho a favor de tercero surge una relación jurídica entre ambos que no puede después ser arbitrariamente destruida por actos posteriores (...)”<sup>13</sup>.

Este pronunciamiento deriva en el fundamento de la imposibilidad de obtener un resultado contrario a la buena fe, reforzando la conducta axiomática de una de las partes que pretenda alcanzar un resultado a partir de la interpretación que bajo la preminencia de las cláusulas jurídicas del contrato, se llegue al estado jurídico pactado.

### III. Epílogo

El contrato al que se le debe mucha atención, constituye un instrumento de regulación jurídica de la economía, es una forma de intervención pública bajo el principio de autonomía de la voluntad, mediante el cual las partes adoptan sus obligaciones para cumplirlas como la ley misma, perfeccionado bajo la lupa del principio de la buena fe que previene un comportamiento de lealtad, con objetivo de mira a las arras de sus cláusulas para

---

<sup>13</sup> Sentencia N° 534 de 30 de julio del 2004, de la Sala Civil y Administrativo del Tribunal Supremo Popular

la protección al consumidor evitando la resiliación como ineficacia futura cuando existe el tracto sucesivo.

#### **IV. Bibliografía**

- ALBALADEJO GARCIA, M.(1994), Derecho Civil, *La obligación y el contrato en general*, V.1, Novena Ed. Bosch, Barcelona. 1994
- DIEZ-PICAZO, L.(1996), Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. *Introducción teoría del contrato*, Vol. 1, 5ta edición, Editorial Civitas Madrid.
- (1970), La interpretación, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J.(2004), *Teoría del Derecho*, Ed. Félix Varela, La Habana.
- GÓMEZ, CARLOS, J.(1991), *Estudio sobre los contratos por adhesión a condiciones generales*, s. ed., Bogotá D.E.
- KNIGHT SOTO, I.(2013), Revista Letras Jurídicas, La prescripción .Efectos y fundamentos doctrinales en el Derecho, Año 14, no.28, Universidad Veracruzana, México.
- LARROUMET, CH.: “La unificación del derecho de las obligaciones en Europa”, Revista de Derecho Privado, nueva época, año V, n.º 13-14, París, Universidad Pantheon-Assas (París II), enero-agosto de 2006, 69-80, recuperado en :<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/13/dtr/dtr4.pdf>
- PÉREZ GALLARDO, L. (2008), *Código Civil de la República de Cuba. Anotado y Concordado*, Ed. La Habana.
- RECASENS, L.(1986). *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 3ªed., Ed. Porrúa, México.

#### **Legislación**

- Constitución de la República de Cuba, de fecha 24 de febrero de 1976, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.3 de fecha 31 de enero de 2003
- Ley 59 Código Civil Cubano, de fecha 16 de julio 1987, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.
- Decreto-Ley No.304/2012 “De la Contratación Económica” del Consejo de Estado de fecha 1 de noviembre del 2012 publicado en

la Gaceta Oficial de la República de Cuba Ordinaria en fecha 27 de diciembre del 2012

Decreto No. 310/2012 “De los Tipos de Contratos”, del Consejo de Ministros de fecha 17 de noviembre del 2012 publicado en la Gaceta Oficial de la República de Cuba Ordinaria en fecha 27 de diciembre del 2012

Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, International Institute for the Unification of Private Law, Unidroit, Roma, disponible: [<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>].

### ***Jurisprudencia***

Sentencia N° 727 de 29 de junio del 2001 Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo

Sentencia N° 534 de 30 de julio del 2004. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil y de lo Administrativo

Sentencia N° 406 de 15 de junio del 2005. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil y de lo Administrativo

Sentencia No.1, de fecha 31 de marzo de 2014 de Sala Económico Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

Sentencia No. 192, de fecha 14 de octubre de 2013 Sala de lo Económico Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba.

---

# La deliberación pública en el proceso colectivo de recomposición ambiental

Public deliberation in the collective process  
of environmental recomposition

Deliberação pública no processo coletivo  
de recomposição ambiental

Délibération publique dans le processus collectif  
de recomposition environnementale

*Ezequiel R. Galván*<sup>1</sup> | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 217-233

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e251>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0833-4366>

Recibido: 18/12/2018

Aprobado: 03/03/2019

---

**Resumen:** En el presente trabajo se aborda las particularidades del proceso de recomposición ambiental entendiendo al mismo como un proceso necesariamente colectivo en el cual debe existir una instancia de deliberación pública previa a la sentencia que ordene medidas de recomposición. Asimismo se intenta recuperar la experiencia de la causa "Mendoza" como modelo de referencia tanto por el proceso que sustanciaba como por la estructura de proceso que se implementó. En este sentido, ante la ausencia de una reglamentación adecuada, la construcción de un modelo a partir de una experiencia precedente y legitimada por la comunidad en su conjunto (sin desconocer las limitaciones o falta de efectividad en el cumplimiento de su mandato) permite construir y sustanciar procesos con mayores posibilidades de efectividad ante obstáculos o limitaciones que atentan contra la implementación de un proceso de esta naturaleza y no condicionándolo a la casuística del caso.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Diplomado en DESC (UM). Maestrando en Derechos Humanos (IDH-UNLP). mail: [ezequielgalvan@gmail.com](mailto:ezequielgalvan@gmail.com).

**Palabras claves:** Deliberación pública. Medio ambiente. Proceso colectivo.

**Abstract:** In the present work, we will focus in the particularities of the environmental recomposition process, understanding it as a necessary collective process in which there must be an instance of public deliberation prior to the ruling that orders reconstruction measures. At the same time it seeks to incorporate the experience of the cause “Mendoza” as a model of reference both for the process that substantiated and for the process structure that was implemented. In this sense, in the absence of an appropriate regulation, the construction of a model based on a previous experience and legitimized by the community as a whole (without ignoring the limitations in fulfilling its mandate) allows to build and substantiate processes with greater possibilities of impact before obstacles or limitations that threaten the implementation of a process of this nature and not conditioning it to the the casuistry of the case.

**Keywords:** Public deliberation. Environment. Collective process

**Resumo:** Neste trabalho é analisado as particularidades do processo de recomposição ambientais, entendê-lo como um processo necessariamente coletivo em que deve ser uma instância de deliberação pública antes da sentença que ordene medidas de reestruturação. Da mesma forma, tenta-se recuperar a experiência da causa “Mendoza” como modelo de referência tanto para o processo que fundamentou, como para a estrutura de processo que foi implementada. Nesse sentido, na ausência de regulação adequada, a construção de um modelo baseado em uma experiência única e legitimada pela comunidade como um todo (sem desconsiderar as limitações de efetividade no cumprimento de seu mandato) permite a construção e subestação de processos com maior possibilidades de eficácia perante obstáculos ou limitações que atentam contra a implementação de um processo desta natureza e não o condicionam à casuística do caso.

**Palavras-chave:** Deliberação pública. Meio Ambiente. Processo coletivo

**Résumé:** Dans cet article, nous analysons les particularités du processus de recomposition environnementale, comme un processus nécessairement collectif dans lequel il doit y avoir une instance de délibération publique avant la condamnation ordonnant des mesures de recomposition. Dans le même temps, nous essayons de récupérer l’expérience de

la cause “Mendoza” en tant que modèle de référence à la fois pour le processus qu’elle justifie et pour la structure de processus mise en place. En l’absence d’une réglementation adéquate, la construction d’un modèle basé sur une expérience antérieure et légitimée par la communauté dans son ensemble (sans ignorer les limitations ou le manque d’efficacité dans la réalisation de son mandat) permet de construire et de justifier des processus avec une possibilités d’efficacité avant les obstacles ou limitations qui s’opposent à la mise en œuvre d’un processus de cette nature et ne le subordonnent pas à la casuistique du cas.

**Mot-clés:** Délibération publique. Environnement. Processus collectif

## I. Introducción

El presente trabajo aborda las particularidades del proceso de recomposición ambiental entendiendo al mismo como un proceso necesariamente colectivo en el cual debe existir una instancia de deliberación pública previa a la sentencia que ordene medidas de recomposición. En este sentido, a partir de la última reforma constitucional se introdujo una concepción del ambiente entendiéndolo como un bien colectivo<sup>2</sup> que se presenta paradigmático debido a que su gestión presenta un carácter deliberativo público y directo que en el presente denominamos “participación ciudadana” o “deliberación pública” (indistintamente)<sup>3</sup>, rompiendo con el precepto constitucional por el cual “*el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución*”

<sup>2</sup> Como expresa la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “*La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.*” (CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)” sentencia de 20-VI-2006, considerando 18.

<sup>3</sup> Se evita el término “audiencia pública” debido a que se entiende a esta como una modalidad de la participación ciudadana, existiendo otros mecanismos para su sustanciación, ej. la recepción de observaciones escritas (arts. 44 y 73 inc. 2 Reglamento de la Corte Interamericana 2009).

(art. 22 C.N.) y modifica la estructura del proceso como consecuencia del mandato constitucional vigente.

La principal consecuencia de entender al ambiente como un bien colectivo es que el proceso que aborde la recomposición del daño ambiental necesariamente va a ser un proceso colectivo (criterio que recoge el art. 30 de la ley 25.675), teniendo presente que: a) la pretensión aborda derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, es decir, la petición tiene por objeto la tutela de un bien que pertenece a toda la comunidad, indivisible y que no admite exclusión alguna; b) la pretensión se focaliza en la incidencia colectiva del derecho (recomposición) y no en dimensiones individuales pasibles de un abordaje individual independiente (ej. indemnización de daños producto del impacto ambiental); c) el ejercicio de la pretensión procesal de reparación del bien colectivo obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de tutela sin generar un beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación (accionante)<sup>4</sup>.

Se tiene presente que los procesos colectivos representan un carácter atípico dentro de la lógica clásica, caracterizados por una ausencia de regulación, salvo algunas disposiciones específicas, por ejemplo, en la ley general del ambiente (Verbic, 2015) y una instrumentación ad-hoc por la jurisdicción<sup>5</sup>. En este sentido, el presente trabajo no pretende controvertir la construcción teórica y jurisprudencial en torno al proceso colectivo y la ficción que lo sustenta de un actor que se constituye en representante de un colectivo sin la integración de los mismos al proceso (como se expondrá más avanzado este texto), sino que se intenta una construcción teórica que

---

<sup>4</sup> CSJN "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", sentencia de 24-II-2009, considerando 11.

<sup>5</sup> "Desde la perspectiva remedial, la nueva modalidad de litigio no supone la compensación de daños pasados y acotables a las partes, sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales a través del diseño ad hoc de soluciones cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de las situaciones, el impacto en las partes presentes ante el juez" (Bergallo, 2015:18)

resulte coherente y armónica con el proceso colectivo vigente y su práctica, teniendo como pauta rectora procurar “*la vigencia del principio de economía procesal, a la efectividad del acceso a la jurisdicción (arts. 18, Const. Nac.; 8 y 25, Conv. Americana sobre Derechos Humanos; 15, Const. de la Provincia de Buenos Aires), y a la disuasión de infracciones que de otro modo permanecerían impunes*” (Giannini, 2009).

Finalmente, antes de ingresar en el objeto específico del trabajo, el mismo se restringió por cuestiones metodológicas a los procesos de recomposición ambiental sin abordar aquellos que se restringen al cese de una actividad lesiva sin una instancia de recomposición, las acciones que reclaman daños ambientales colectivos en un sentido indemnizatorio (entendiendo la diferencia con la recomposición en tanto que la misma tiene una proyección del bien hacia el futuro, mientras que el daño colectivo reclamado se presenta como una pretensión de derechos individuales homogéneos condicionados por la constatación del hecho productor, nexo causal y entidad del daño sufrido respecto de cada individuo)<sup>6</sup>, así como las acciones abstractas de inconstitucionalidad<sup>7</sup> respecto de la legislación ambiental (leyes o reglamentaciones) debido a que independientemente de que podamos estar ante un proceso colectivo ambiental, estas acciones no requieren una deliberación pública necesaria por un imperativo constitucional que sí se encuentra presente en las acciones de recomposición, como se desarrolla a continuación.

## II. El proceso colectivo de recomposición ambiental y la deliberación pública

Ingresando en el objeto específico del trabajo y recuperando el desarrollo introductorio, la última reforma constitucional

<sup>6</sup> CSJN “Mendoza” 2006 cit., considerando 6 y 8.

<sup>7</sup> Abstracta en un sentido fáctico dado por la ausencia de una situación de impacto ambiental concreta (ante el daño o en una faz preventiva) y no en un sentido técnico de “ausencia de caso” en la acción que excluiría su tratamiento por la jurisdicción.

exhibe una resignificación constituyente del concepto de democracia, entendiéndolo no solo en una dimensión formal dada por la continuidad de la institucionalidad representativa democrática y constitucionalmente electa, sino también en un sentido material dado por la apertura de distintos espacios de gobierno a la participación activa de la ciudadanía<sup>8</sup>. Es así como encontramos en el capítulo “*Nuevos Derechos y Garantías*” un derecho de la ciudadanía a resistir la interrupción del orden institucional y democrático (art.36), se reafirma el principio de soberanía popular ahora entendiendo la participación en la vida política/pública en un sentido material –remoción de obstáculos en su ejercicio pleno- (art.37), el derecho de asociarse para participar en el sistema democrático en igualdad de condiciones (art.38), la iniciativa popular en materia legislativa (art.39) , la consulta popular (art.40), el derecho colectivo al ambiente (art.41), los derechos de los consumidores con instancias de participación (art.42), y el derecho a un debido proceso colectivo (art.43) (Verbic, 2015).

En el caso particular del ambiente, el reconocimiento fue acompañado de la introducción de un mecanismo de protección denominado “presupuestos mínimos” por el cual el Congreso de la Nación establece los estándares mínimos inderogables e indisponibles por las provincias<sup>9</sup> a través de leyes, entre las que se destaca el dictado de la 25.675, una ley de carácter general y preeminente (art.3) que consagra expresamente el rol central de la participación ciudadana (arts.19-21) como principio rector en la gestión ambiental.

No se desconoce que la ley 25.675 hace referencia expresamente a la deliberación pública en el marco de procedimientos administrativos, sin embargo, se sostiene su extensión a los

---

<sup>8</sup> El art. 42 (3º párrafo) de la Constitución es un claro ejemplo al establecer la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los órganos de control de los servicios públicos de competencia nacional.

<sup>9</sup> CSJN, A.262.XLV “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas c/ Buenos Aires, Prov. y otros s/ amparo ambiental”, sentencia de 01-XI2011, considerando 6.

procesos judiciales de recomposición ambiental debido a que esta participación se exige obligatoriamente en los procesos de decisión sobre actos concretos por los que se preserva, protege (art. 19), se autorizan actividades que pueden generar un impacto negativo y significativo (art. 20), así como en las evaluaciones de impacto ambiental (supervisión previa o de seguimiento de la actividad pasible a generar ese impacto negativo), y programas o planes de ordenamiento ambiental territorial, tanto en su planeamiento como en su evaluación (art. 21), con una clara restricción del poder de gobierno de la administración pública (representantes) en materia de gestión del ambiente. En este aspecto, se entiende por “gestión” como la decisión sobre el destino del ambiente y las conductas que pueden tener impacto en el mismo, la cual radica en la administración pública como consecuencia de la división de poderes, pero que se integra esa voluntad con esta instancia de apertura a la participación directa de la sociedad por mandato legislativo.

En la interpretación que el presente trabajo sostiene, esta participación pública establecida no se origina en una liberalidad legislativa, sino en el propio carácter colectivo del bien, el cual no es pasible de apropiación individual (incluyendo su gestión) por ningún sujeto, incluyendo al Estado y las Provincias<sup>10</sup>. En este sentido, es importante tener presente que el derecho ambiental presenta una naturaleza dialéctica (Bibiloni, 2005) dada por la existencia de una pluralidad de intereses contrapuestos. En consonancia con lo expuesto, la instancia judicial es, en definitiva, el abordaje de una afectación al ambiente a través de un impacto cuya gestión ordinaria establece una necesaria autorización administrativa con una participación ciudadana

---

<sup>10</sup> También podemos encontrar otras posiciones que fundamentan esta participación en el derecho a participar de los asuntos públicos, por ejemplo, “del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante” (ColDH, O.C.23/17, párrafo 231).

directa (deliberativa), por lo que no puede despojarse de esta instancia el proceso judicial en tanto que suple la omisión o insuficiencia del control ordinario administrativo, con una sentencia que dispone la gestión final del ambiente en el caso concreto.

A diferencia de otras instancias que requieren una deliberación pública obligatoria (ej. aumento de tarifas<sup>11</sup> o permisos ambientales<sup>12</sup>) en las que la Corte Suprema ha nulificado lo actuado y mandado a sustanciar dicha participación en el marco de una instancia administrativa, el proceso de recomposición debe sustanciar dicha participación en el marco del proceso como consecuencia de una gestión del ambiente que va a ser ordenada por el juez, en contraposición a los otros casos en los que la decisión en la materia radica en la administración pública sin que el poder judicial reemplace dicha función y restringiendo su accionar a un contralor de la legitimidad del acto (Gordillo, 2013).<sup>13</sup>

Debe tenerse presente que participación ciudadana no debe confundirse con la legitimación o carácter de parte en el proceso. El proceso colectivo se estructura alrededor de la ficción por la cual un representante actúa a nombre de un colectivo, incluso con el desconocimiento de las personas que lo integran, en el marco de un proceso con sentencia cuyos efectos alcanzan al grupo representado. En este sentido, a quien ejerza esa legitimación colectiva se le requerirán una serie de requisitos (legitimación, representatividad adecuada, publicidad, cuestión de hecho o derecho principal de origen común, identificación del grupo, posibilidad de ejercer el “opt out” en los casos que sean posibles –pues el ambiente en su faz de recomposición no permite un accionar diferenciado por quien intente excluirse-, e imposibilidad o grave dificultad para constituir un

<sup>11</sup> CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros e/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, sentencia de 18-VIII-2016.

<sup>12</sup> CSJN, “Asociación argentina de abogados ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, sentencia de 21-XII-2016.

<sup>13</sup> Mientras estos actos producen sus efectos a futuro, el proceso de recomposición aborda un daño existente.

litisconsorcio o un ejercicio individual de los derechos que constituyen la cuestión predominante de la pretensión) va a ser “parte” del proceso en términos procesales, con capacidad de peticionar e intervenir en el proceso.

En el caso de la participación pública, la misma constituye una instancia procesal en la que se produce una apertura del juzgado a la recepción de las consideraciones de la sociedad en general respecto de la materia sometida a dicha participación (las medidas de recomposición y/o el plan de trabajo propuesto) para que formulen sus apreciaciones<sup>14</sup>, sin que esto implique reconocerles calidad de parte o mayor facultad para intervenir en el proceso que un *amicus curiae* (recuperando el instituto como una figura de naturaleza asimilable en cuanto es una participación restringida a incorporar voces sin reconocerle facultad de intervención en el desarrollo del proceso). Si bien se expondrán las particularidades y propuesta de abordaje de esta instancia en mayor detalle, como puede observarse no se adultera con el reconocimiento de esta instancia los caracteres propios del proceso colectivo

### **III. La instancia de deliberación pública dentro del proceso: propuesta y sus fundamentos**

Partiendo de la necesidad de sustanciar la participación ciudadana en el marco de un proceso de recomposición ambiental, la propuesta del presente trabajo para su instrumentación en el marco del proceso busca una coherencia con la regulación vigente y los principios que rigen el proceso colectivo. De este

---

<sup>14</sup> Aún con un alcance restringido a los afectados directos en contracara al propuesto en el presente trabajo, podemos encontrar la implementación de una instancia de participación ciudadana en los programas de recomposición, así como el reconocimiento de una pluralidad de sujetos con posiciones contradictorias cuya voz se reconoce como relevante en la implementación de una sentencia sin que implique desdibujar los límites del proceso colectivo y la representación de esa pluralidad en el sujeto representante “parte” a los efectos procesales: *“deberá supervisarse el traslado de los vecinos de Villa Inflamable, resguardando su derecho participar en las decisiones que las autoridades encargadas adopten en el curso del proceso de reubicación.”* CSJN, “Mendoza” sentencia de 19-XII-2012, considerando 6 p.b).

modo, la instancia de deliberación pública (en nuestro criterio) correspondería sustanciarla de modo posterior a una primer sentencia de contenido restringido a identificar la procedencia de la pretensión principal (mandato de cese y recomposición) que difiere la instrumentación de las medidas específicas ha implementarse<sup>15</sup>. En este aspecto, la propuesta de un proceso de etapas (sentencias) responde al desarrollo de un litigio que aborda situaciones estructurales y/o complejas que exceden la estructura del litigio individual, siendo la causa “Mendoza-Riachuelo” ante la Corte Suprema un precedente paradigmático tanto de la implementación de un proceso ad-hoc a los fines de tutelar ante la ausencia de proceso efectivo<sup>16</sup>, como de un proceso complejo de etapas.

El fundamento por el que se propone la sustanciación de esta instancia de modo posterior a una primera sentencia está dado por un principio de celeridad y economía procesal, así como por no desnaturalizar la estructura del proceso colectivo ambiental. De este modo, la primera etapa del proceso se integra con un sujeto legitimado con representatividad adecuada que impulsa una acción colectiva para obtener el cese de la actividad dañosa (si se continua) y la recomposición del ambiente, culminando con una sentencia que va a pronunciarse sobre la existencia de un daño y la responsabilidad de la parte demandada. En este sentido, la sentencia puede entender tanto la inexistencia del daño como la ausencia de responsabilidad o legitimación pasiva de la contraparte, generando un efecto de cosa juzgada propia del proceso ambiental que va a poder ser reeditada solo respecto de su rechazo total o parcial por cuestiones probatorias (art. 33 ley 25.675), así como entender

---

<sup>15</sup> “Una de dichas herramientas de “saneamiento” es la posibilidad de escisión del pronunciamiento condenatorio grupal en fases. Esta separación tiene por objeto el avance progresivo del juicio sobre etapas sólidamente asentadas, cerrando el debate acerca de la determinación del an debeatur a partir del dictado de un primer decisorio (condena genérica), para después poder ingresar en los matices de cada situación particular.” (Giannini, 2009: 23).

<sup>16</sup> Entendiéndolo en un sentido convencional (CoLDH, O.C. 09/87, párrafo 23).

probado el daño y conductas lesivas, circunstancia en la que estaremos ante una sentencia atípica y declarativa con las bases de su ejecución (Cafferatta, 2008).

Como podemos observar, siendo que la participación ciudadana se requiere en la decisión sobre gestión del ambiente y no en el proceso colectivo en sí, donde “el derecho a ser oído por el juez se limita aquí a ser oído a través de un atípico gestor de intereses ajenos” (Verbic, 2015:14), su sustanciación en esta instancia se presenta contraproducente debido a que dilata una sentencia que hace mérito de esa pretensión principal de recomponer sin contribuir a la misma<sup>17</sup> y generando un dispendio de la jurisdicción ante el dictado de una sentencia que rechaza la acción. De igual modo, el dictado de esta primera sentencia permite tanto avanzar sobre las medidas inmediatas respecto del cese de la actividad dañosa y medidas que eviten una mayor afectación (sin avanzar en la tutela cautelar durante el proceso que excede al presente trabajo y no se exhibe pertinente dados los objetivos del mismo).

Dictada la sentencia de condena a recomponer<sup>18</sup>, se abre una instancia atípica de ejecución de sentencia cuyo objetivo es instrumentar las medidas específicas de recomposición. Es en esta instancia que nosotros entendemos necesaria (en el sentido de su sustanciación obligatoria) la participación ciudadana, la cual puede variar en los medios de su implementación<sup>19</sup>, pero

---

<sup>17</sup> Es importante tener bien definido que la participación ciudadana no constituye un litisconsorcio que integra el proceso junto al legitimado con representatividad adecuada, quien es el único que puede peticionar, alegar, sustanciar prueba e impulsar el proceso, sin perjuicio de aquellos que deseen intervenir en el proceso y se presenten en el mismo en el carácter que invoquen (se consideren terceros, deseen reemplazar al actor por considerarse con mejor representación, etc.), es decir, no se modifica la lógica constitutiva del proceso colectivo.

<sup>18</sup> “Emite una orden, un mandato de condena, como sentencia definitiva: recomponer y prevenir. Y mejorar a calidad de vida de la población. Pero no invade ámbitos de poder que no le son propios. Deja en manos del Ejecutivo el desarrollo modal de la obra.” (Cafferatta, 2008: 147).

<sup>19</sup> La participación ciudadana tiene un carácter sustantivo cuyo contenido es independiente de su continente, pudiendo sustanciarse por audiencias públicas, observaciones escritas,

tiene requisitos necesarios que serán transversales al desarrollo de esta etapa. El primer requisito es la publicidad de esta instancia, tanto respecto de la apertura de esta instancia y sus modalidades para participar, así como del contenido y alcance de la sentencia (mandato a ejecutarse)<sup>20</sup>. El segundo requisito es que es la posibilidad efectiva de participación y el tercer requisito es que estas expresiones sean consideradas en el momento decisorio<sup>21</sup>. Por lo tanto, de los requisitos sustanciales de la participación ciudadana deriva una estructura de esta instancia procesal cuyas etapas son: a) implementación de la participación ciudadana (plazo, modalidad y otros aspectos prácticos), también pudiendo estar definidos en la sentencia declarativa previa; b) publicidad de la instancia de deliberación así como de la información pertinente; c) sustanciación de la

---

organismos o asistentes técnicos a los que el juez le delegue la recopilación de los planteos ciudadanos, entre otras.

<sup>20</sup> La importancia de la publicidad de la instancia (apertura, modalidad, límites de la discusión) tiene una dimensión que está dada por las posibilidades efectivas del ejercicio del derecho que su sustanciación representa en un sentido material. Esta apertura debe instrumentarse de un modo por el que se remuevan los obstáculos para ejercer este derecho, especialmente respecto de las personas con un contacto más directo con el ámbito de las medidas (recuperando en este aspecto también los debates existentes respecto de la publicidad de la promoción del proceso colectivo). Una instrumentación que no sea contemplativa de esta dimensión puede derivar en una práctica discriminatoria, por ejemplo, ¿el mero dictado de la sentencia o su publicación en el Boletín Oficial es una publicidad suficiente? Si se disponen medidas que repercuten en mayor medida sobre el espacio en el que se asienta un colectivo marginal alejado del juzgado existen limitaciones fácticas tales como el desconocimiento de la existencia del proceso, la sentencia o la convocatoria, personas analfabetas que se vean excluidas por una publicidad o una recepción escrita de sus voces, las dificultades de traslado al juzgado, entre otras que demuestran la necesidad de una instrumentación situada con esta perspectiva.

<sup>21</sup> CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad" cit., considerando 19. Si bien el fallo aborda la audiencia pública en el marco del cuadro tarifario (art. 42 C.N.) la Corte establece requisitos sustanciales que estas instancias deliberativas "si lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no acrecentar por parte de los poderes políticos su catálogo formal de instituciones nominales vaciadas de todo contenido, que únicamente aumentan sus credenciales democráticas y que solo pretenden legitimar decisiones verticales tomadas con anterioridad."

participación ciudadana; d) abordaje de los planteos y sentencia con las medidas específicas de recomposición a implementarse.

La recomposición ambiental es un proceso complejo que requiere el diseño de un programa de trabajo, lo que motiva que el juez no determine el programa a implementarse, sino que analice la pertinencia de un proyecto producido por un cuerpo técnico<sup>22</sup>. En este sentido, nuestra propuesta sitúa este desarrollo del programa específico como simbiótico a la participación ciudadana en tanto que va a generar la información y medidas principales propuestas que van a representar esa información previa y plena que requiere la ciudadanía para su efectiva participación (primer requisito), así como va a ser la instancia que recepcione esas intervenciones en la construcción del programa final, siendo el juez un director del proceso así como contralor tanto de la cumplimiento del mandato genérico de esa primer sentencia por el programa de recomposición propuesto y de un efectivo abordaje de la intervención de la ciudadanía<sup>23</sup>.

Si bien la sustanciación de la participación ciudadana en esta instancia judicial la entendemos necesaria, esto no significa que la autoridad judicial no pueda delegar en otro organismo el desarrollo de esta instancia<sup>24</sup>, lo que representa una delegación práctica debido a que el poder de decisión se conserva

---

<sup>22</sup> Además del marco teórico a partir del cual se construye la propuesta del presente trabajo se recupera la causa "Mendoza" como modelo de referencia de un proceso colectivo de recomposición ambiental, debido a que constituye una práctica que expone el carácter complejo y de etapas en la implementación de las medidas que requiere la ejecución de la sentencia.

<sup>23</sup> El abordaje de estas intervenciones no es entenderlas en un sentido vinculante, sino en que haya una respuesta fundada de aquellos aspectos que no se consideren pertinentes a la situación, recupere las preocupaciones sociales expresadas y dialogue con esa ciudadanía, generando un producto que no sea arbitrario o constituya la instancia en un mero ritualismo.

<sup>24</sup> "A los fines de garantizar la efectividad en el cumplimiento de la sentencia, esta Corte (...) habilitó la participación ciudadana en el control del cumplimiento con la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación de las organizaciones no gubernamentales interesadas en la tutela del ambiente" (CSJN "Mendoza" sentencia de 19-XII-2012, considerando 1).

en la autoridad judicial<sup>25</sup>. Es importante tener presente que los procesos colectivos complejos (en cuanto a la entidad de la pretensión) o de litigio estructural requieren un abordaje en miras a su efecto útil, especialmente porque la propia naturaleza del mandato judicial restringe su cumplimiento coactivo a instancias del poder judicial<sup>26</sup>.

Si bien el presente trabajo tiene un postulado transversal dado por entender la participación ciudadana como necesaria en estos procesos, la necesidad de generar mecanismos y modificaciones en las estructuras procesales que permitan responder ante una vulneración de derechos en ausencia de estructuras adecuadas ha sido una constante en la evolución de nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, encontramos dentro de la práctica judicial sentencias paradigmáticas que readecuan un continente en pos de un contenido, en tanto que *“Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas.”*<sup>27</sup>

#### IV. Conclusiones

En el presente trabajo hemos intentado demostrar la necesidad de sustanciar la participación ciudadana en el marco de los procesos de recomposición ambiental (proceso que por naturaleza es colectivo) como cumplimiento de un mandato

<sup>25</sup> “la formulación de la sentencia en el litigio de interés público introduce una gran cuota de control de las partes sobre el resultado práctico del proceso (...) Sin embargo, no puede suponerse que este proceso releva al tribunal por completo de la responsabilidad de diseñar la remediación.” (Chayes, 2017:20-21).

<sup>26</sup> “No puede pretenderse que un proceso ideado para discutir derechos individuales pueda brindar una respuesta adecuada a la hora de resolver asuntos que involucran derechos “de incidencia colectiva” Las complejas aristas sociales, políticas y económicas que presentan los procesos colectivos (ambientales y no ambientales) exigen un mecanismo de discusión rodeado de mayor transparencia, publicidad y ciertos reaseguros que permitan solucionar el conflicto sin vulnerar la garantía de debido proceso legal de las personas involucradas.” (Verbic, 2013:282).

<sup>27</sup> “Siri, Juan Angel s/ interpone recurso de habeas corpus” sentencia de 27-XII-1957.

constitucional y legislativo. En este sentido, la última reforma constitucional incorporó una concepción de democracia que reconoce la apertura de espacios de gobierno y decisión a la participación política activa e incluso directa de la sociedad, lo que obliga a adecuar las estructuras e instituciones a esta apertura.

El proceso colectivo constituye una garantía constitucional de protección y tutela, cuya implementación no puede ser restringida por la ausencia de normas procesales adecuadas. La propia naturaleza del proceso colectivo y del litigio estructural demanda que la autoridad judicial arbitre los medios necesarios para sustanciar esa garantía reconocida, con un rol y estructuras que exceden la lógica clásica del proceso individual. En este sentido, la instrumentación de la participación ciudadana se inscribe en este mandato a la judicatura.

Cómo se ha intentado demostrar, la participación ciudadana en la gestión del ambiente en el marco de un proceso colectivo no modifica la lógica del proceso colectivo o la legitimación de un sujeto que actúa a nombre de un grupo o colectivo como representante. La intervención en el proceso se encuentra restringida al representante, así como a los demás actores que se integren al mismo con la legitimación y calidad que invoquen (cuya resolución es ajena e intrascendente a la instancia de deliberación pública).

La participación de la ciudadanía es una instancia que se encuentra restringida al diseño de las medidas de gestión del ambiente, las cuales tienen requisitos sustantivos que repercuten en la estructura del proceso. En esta línea, la instrumentación del proceso debe garantizar la posibilidad efectiva de participación (especialmente de quienes tienen una relación más directa con la problemática) pero con una estructura que responda a los principios que rigen el proceso colectivo. La apertura de la decisión además de tener un valor en términos democráticos, también contribuye a reconstruir la complejidad de una situación con pluralidad de actores, intereses e inquietudes/aspiraciones, enriqueciendo la calidad de la respuesta judicial.

Si bien el proceso colectivo se sustancia bajo un representante que enarbola una pretensión colectiva común (recomponer el ambiente) es importante reflexionar la representatividad de ese colectivo de posiciones contradictorias sobre la gestión del ambiente (medidas específicas) de quien impulsa el proceso. Esto último no significa desconocer la legitimación de quien impulsa el proceso ambiental, sino entender que la propia naturaleza del conflicto genera ámbitos que exceden la litis trabada entre quien acciona y quien es requerido, carácter que es reconocido en la ley 25.675: *“Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes”* (art. 32).

Finalmente, el presente trabajo recupera la experiencia de la causa “Mendoza” como modelo de referencia tanto por el proceso que sustanciaba como por la estructura de proceso que se implementó. En este sentido, ante la ausencia de una reglamentación adecuada, la construcción de un modelo a partir de una experiencia precedente y legitimada por la comunidad en su conjunto (sin desconocer las limitaciones o falta de efectividad en el cumplimiento de su mandato) permite construir y sustanciar procesos con mayores posibilidades de efectividad ante obstáculos o limitaciones que atentan contra la implementación de un proceso de esta naturaleza y no condicionándolo a la casuística del caso<sup>28</sup>.

## Bibliografía

Bergallo, P. (2005) “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”

<sup>28</sup> *“una nota de advertencia que creo necesaria: la CSJN puede gestionar el proceso como lo está haciendo porque es la CSJN. Lo que quiero decir es que difícilmente encontremos un juez de primera instancia con la voluntad, los recursos y la audacia para embarcarse en una empresa semejante. Ello por no hablar de los serios cuestionamientos que podría generar para este hipotético juez de primera instancia el apartamiento manifiesto de diversas normas procesales (como ha sucedido en “Mendoza”), especialmente en un escenario judicial mayormente conservador como el argentino.”* (Verbic, 2013:283).

en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política.

- Bibiloni, Héctor (2005) “Derecho procesal ambiental”, Lexis Nexis, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Cafferatta, N. (2008) “Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo” en Revista de Derecho Ambiental (Agosto).
- Chayes, Abram (2017) “El rol del Juez en el litigio de interés público”, traducción Milanatta, O. y Verbic, F. en Revista de Proceso N° 268, (Junio).
- Giannini, Leandro J. (2009) “Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma” en VVAA (Coord.:Berizonce, Roberto O.), Aportes para una justicia más transparente, La Plata, Platense, pp. 105-169.
- Gordillo, A. (2013) “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 2, Capítulo 11: “El procedimiento de audiencia pública” página 450. Consultado en [https://www.gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo11.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf) el 04/02/2019.
- Verbic, F. (2015) “La Corte Suprema Argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo” en Int'l Journal of Procedural Law, volumen 5, N° 1.
- Verbic, F. (2013) “El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación” en ANALES N° 43 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P.

---

## Reflexiones en torno a la “prostitución” como trabajo sexual y su relación con el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y la violencia de género

Reflections on “prostitution” as sex work and its relation to the crime of trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation and gender-based violence

Reflexões sobre “prostituição” como trabalho sexual e sua relação com o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e violência de gênero

Réflexions sur la “prostitution” en tant que travail du sexe et ses relations avec le crime de traite des personnes à des fins d’exploitation sexuelle et de violence de genre

*Lorena Ríos*<sup>1</sup> | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 234-248

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e252>

ORCID: <https://orcid.org/0000 0001 7261 8545>

Recibido: 17/02/2019

Aprobado: 01/03/2019

---

**Resumen:** El delito de trata de personas con fines de explotación sexual, la “prostitución” y la violencia de género son conceptos íntimamente relacionados, que tienen su origen en la desigualdad de género, pero que también tienen existencia individual, es decir, pueden presentarse sin estar relacionados entre ellos, con lo cual constituyen situaciones

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, integrante del Ministerio Público de la Nación. Magister en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

jurídicas que merecen un análisis completo acorde a sus particularidades, para evitar confusiones y evitar la aplicación automática de razonamientos equivocados. Por ello en el presente trabajo brindaré algunas definiciones a dichos conceptos para luego poder fundamentar dicha afirmación.

Previo al desarrollo de mi argumentación, cabe aclarar que un análisis completo de la problemática planteada debería incluir además de aspectos jurídicos, aspectos psicológicos, sociológicos, culturales y económicos entre otros. Sin embargo, teniendo en cuenta el alcance del presente trabajo, sólo se desarrollará desde una perspectiva jurídica, señalando que resulta válido el aporte aunque sea parcial ya que podrá sumarse a posteriores análisis interdisciplinarios que confluyan a confirmar las conclusiones que se obtendrán.

**Palabras claves:** trata de personas; prostitución; violencia de género.

**Abstract:** The crime of trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation, “prostitution” and gender-based violence are intimately related concepts, which have their origin in gender inequality, but which also have an individual existence, that is, they can be presented without being related to each other, and therefore constitute legal situations that deserve a complete analysis according to their particularities, in order to avoid confusion and the automatic application of mistaken reasoning. For this reason, in this paper I will provide some definitions of these concepts in order to be able to support this affirmation.

Prior to the development of my arguments, it should be stated that a complete analysis of the proposed problem should include, in addition to legal aspects, psychological, sociological, cultural and economic aspects, among others. However, taking into account the scope of the present article, it will only be developed from a legal perspective, pointing out that the contribution is valid even if it is partial since it can be added to subsequent interdisciplinary analyses that converge to confirm the conclusions that will be obtained.

**Keywords:** trafficking in persons; prostitution; gender-based violence.

**Resumo:** O crime de tráfico de pessoas com fins de exploração sexual, a “prostituição” e a violência de gênero são conceitos intimamente relacionados, que têm sua origem na desigualdade de gênero, mas também têm

existência individual, é dizer, podem apresentar-se sem estarem relacionados entre si, com o qual constituem situações jurídicas que merecem uma análise completa de acordo com suas particularidades, para evitar confusões e evitar a aplicação automática de raciocínio errado. Por isso, no presente trabalho vou dar algumas definições a esses conceitos para logo poder basear essa afirmação.

Antes do desenvolvimento da minha argumentação, deve-se esclarecer que uma análise completa da problemática tratada deveria incluir além de aspectos jurídicos, aspectos psicológicos, sociológicos, culturais e econômicos, entre outros. No entanto, levando em conta o escopo deste trabalho, só se desenvolverá desde uma perspectiva legal, apontando que é válida a contribuição embora seja parcial já que podará ser adicionada às análises interdisciplinares subsequentes que convirjam a confirmar as conclusões que se obtenerão.

**Palavras-chave:** tráfico de pessoas; prostituição; violência de gênero.

**Résumé:** Le crime de traite des personnes à des fins d'exploitation sexuelle, la "prostitution" et la violence de genre ce sont des concepts interdépendants, qui ont leur origine dans l'inégalité de genre mais ils ont aussi une existence individuelle, c'est-à-dire qu'ils peuvent être présentés sans être liés les uns aux autres. Ces concepts constituent des situations juridiques qui méritent une analyse complète en fonction de ses particularités, afin d'éviter toute confusion et l'application automatique d'un mauvais raisonnement. Par conséquent, dans le présent travail, je fournirai quelques définitions de ces concepts pour pouvoir fonder cette affirmation. Avant de développer mon argumentation, il convient de préciser qu'une analyse complète des questions soulevées devrait également inclure les aspects juridiques, ainsi que les aspects psychologiques, sociologiques, culturels et économiques. Cependant, compte tenu de la portée de ce travail, il ne sera développé que d'un point de vue juridique, notant que la contribution est valable même si elle est partielle, dans la mesure où il pourrait être ajouté aux analyses interdisciplinaires ultérieures qui convergent pour confirmer les conclusions qui seront obtenues.

**Mot-clés:** traite des personnes- prostitution- la violence de genre

## I. Introducción

El delito de trata de personas con fines de explotación sexual, la “prostitución”<sup>2</sup> y la violencia de género son conceptos íntimamente relacionados, que tienen su origen en la desigualdad de género, pero que también tienen existencia individual es decir, pueden presentarse sin estar relacionados entre ellos, con lo cual constituyen situaciones jurídicas que merecen un análisis completo acorde a sus particularidades, para evitar confusiones y evitar la aplicación automática de razonamientos equivocados. Por ello en el presente trabajo brindaré algunas definiciones a dichos conceptos para luego poder fundamentar dicha afirmación.

Previo al desarrollo de mi argumentación, cabe aclarar que un análisis completo de la problemática planteada debería incluir además de aspectos jurídicos, aspectos psicológicos, sociológicos, culturales y económicos entre otros. Sin embargo, teniendo en cuenta el alcance del presente trabajo, sólo se desarrollará desde una perspectiva jurídica, señalando que resulta válido el aporte aunque sea parcial ya que podrá sumarse a posteriores análisis interdisciplinarios que confluyan a confirmar las conclusiones que se obtendrán.

## II. Patriarcado y violencia de género

La violencia de género fue definida por la Declaración sobre la eliminación de violencia contra la mujer proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1993 en su art. 1º como:

*“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”*

---

<sup>2</sup> Entrecorriente el término por considerarlo que tiene una connotación negativa para quienes ofrecen trabajos sexuales.

Luego, en el art. 2, se enumeran una serie de actos de violencia no taxativos:

*“... a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.”*

La desigualdad de género, que conlleva a la violencia ejercida sobre las mujeres, en sus distintas formas y dimensiones, no es algo novedoso. Es bueno recordar que las mujeres históricamente han tenido que luchar para poder ser titulares de derechos y luego han tenido que seguir luchando para poder ejercer dichos derechos reconocidos normativamente. Ejemplos hay muchos, pero sólo para nombrar uno emblemático recordemos a Olympe de Gouges, francesa feminista escritora y abolicionista, quien en el año 1791 redactó la Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana parafraseando la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y dos años después, en 1793, fue guillotizada.

A nivel internacional y regional no fueron suficientes los instrumentos generales que suponían la inclusión de todas las personas<sup>3</sup>; sino que las mujeres debieron luchar por instrumen-

<sup>3</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo a la Convención Americana, entre otros.

tos específicos para dejar claro que también eran sujetas de derechos, dictándose entre otros instrumentos la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y su protocolo facultativo; la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.

La violencia de género es un flagelo mundial que lleva años de lucha intentando ser combatida. Se ha intentado dar un marco jurídico para solucionar dicha problemática, pero siendo la misma un tema que excede lo jurídico y encontrándose implicadas cuestiones culturales y sociales, entre otras, hacen falta más que respuestas jurídicas para solucionar de manera integral la temática. Ello porque, siguiendo a Fraser (1997), las injusticias que reflejan tanto las luchas por la redistribución como las luchas por el reconocimiento encuentran su origen en la estructura industrial del capitalismo basada en un orden de género, en el que el hombre era el único proveedor y la mujer la única cuidadora. En ese sentido Fraser sostiene que:

*“Se suponía que las personas estaban organizadas en familias nucleares heterosexuales encabezadas por un hombre, cuya principal fuente de ingreso era el salario del hombre en el mercado de trabajo. El hombre cabeza de familia recibía un salario familiar, esto es, un salario suficiente para mantener a los hijos y a una esposa- y-madre de tiempo completo, quien se dedicaba al trabajo doméstico de tiempo completo, sin recibir ninguna remuneración. Desde luego, las vidas de muchas personas nunca se ajustaron a este patrón; aun así, ésta era la representación normativa de lo que debía ser la familia correcta.”* (Fraser, 1997:56).

En el caso en que las mujeres no se dedicaran a tiempo completo al ámbito doméstico, los trabajos que les fueron asignados culturalmente fueron y son aún hoy, remunerados con salarios más bajos que los asignados culturalmente a los hombres.

*“¿Por qué las mujeres tenían el mandato “natural” de quedarse en el hogar? Porque la posibilidad de reproducción biológica de las mujeres (concepción, embarazo, parto y lactancia) se relacionó como algo inescindible con las tareas de cuidado y crianza, naturalizándose de ese modo dichas tareas.”* (Ríos, 2017:75)

De este modo las mujeres además de luchar por el reconocimiento de una identidad cultural deben luchar por la igualdad social. Estas luchas, que posicionan a la mujer de un modo diferente en el espacio público y político, han despertado la molestia, decodificada en violencias de todo tipo<sup>4</sup>, de muchos que no quieren ser desplazados de dichos espacios y que no quieren que la mujer ocupe otro lugar que el rol que se le ha asignado históricamente, ya que esto para el sistema capitalista y patriarcal, sería una catástrofe.

### III. La trata de personas con fines de explotación sexual

La trata de personas, especialmente de mujeres y niñas, es uno de los delitos actuales más atroces a los que se debe enfrentar la comunidad internacional. En ese sentido tal como destaca Kofi A. Annan en el prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional estamos ante un fenómeno que cada vez se agrava más, basado en prácticas discriminatorias de género y aprovechándose de las condiciones sociales y económicas que atraviesan los países de origen de las víctimas que sufren este flagelo.

---

<sup>4</sup> Como sostiene Segato “se pasa por alto que todas esas violencias a «minorías» no son otra cosa que el disciplinamiento que las fuerzas patriarcales nos imponen a todos los que habitamos ese margen de la política. Se trata de crímenes del patriarcado colonial moderno de alta intensidad, contra todo lo que lo desestabiliza, contra todo lo que parece conspirar y desafiar su control, contra todo lo que se desliza hacia fuera de su égida, con las varias estrategias y tácticas diarias con las que muchos de nosotros, a propósito o inadvertidamente, nos deslizamos y escabullimos de la vigilancia patriarcal y la desobedecemos. Expurga de ese modo todo lo que no le concede el reconocimiento debido a su forma de estructurar y disciplinar la vida, a su forma de habilitar y naturalizar un camino de asimetrías y dominaciones progresivas.” (Segato, 2016:96)

La trata de personas es una violación grave a los derechos humanos que afecta a millones de personas, en especial mujeres, niños y niñas.

Este crimen ha generado y sigue generando preocupación a nivel mundial razón por la cual se han tomado una serie de medidas al respecto en el marco de la Organización de Naciones Unidas.

Durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena en el año 1993 se determinó que *“la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas.”*

El delito de trata de personas<sup>5</sup>, en tanto presupone la finalidad de explotación, no es nuevo sino que es el resurgir de antiguas prácticas. La esclavitud era el supuesto de cosificación más extremo que la humanidad haya tenido conocimiento. Esta aberración, en la antigüedad tuvo una aceptación prácticamente total, nótese que hasta los estados más modernos, como Roma y Grecia y los filósofos de ideas más esclarecidas como Platón, justificaron la existencia de la esclavitud. Es decir la idea de que un ser humano podía ser objeto de comercio o intercambio y estar sometido a la absoluta voluntad de su dueño, privado de todo poder de decisión, como ha quedado demostrado, lamentablemente no es nueva.

Lo que sí es nuevo y que ha generado esta toma de conciencia de la comunidad internacional es la intensidad que ha recobrado este fenómeno en el siglo XXI, y su nueva cara o apariencia, que al no contar con el apoyo social que tuvo en la antigüedad, se realiza en forma clandestina por organizaciones

---

<sup>5</sup> La figura básica del delito de trata de personas se encuentra en nuestro Código Penal en el art.145 bis el cual dispone “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima.”

criminales, lo que paradójicamente aumenta sus siderales ganancias económicas.

Esta nueva apariencia de la esclavitud, consiste ya no en el uso de cadenas (si bien ha habido casos actuales), sino que se recurre a medios más sutiles, difíciles de detectar, progresivos, que resultan a la larga igual de efectivos para doblegar y hacer desaparecer la voluntad de las víctimas.

En algún momento del proceso de trata de personas la situación de violencia se presenta. Puede ocurrir al comienzo, en el momento de captación, cuando se secuestra a la víctima, o bien durante la situación denominada de ablande o al momento de llegar al lugar de destino. Sea como fuere, la violencia en el proceso de trata entra en escena en alguna oportunidad, y se perpetúa para doblegar la voluntad de la víctima, para que se someta a cumplir con lo que se le exige y también para lograr su permanencia en esa situación la mayor cantidad de tiempo posible.

Esta situación de violencia es la que genera que las personas involucradas en el delito no necesiten encerrar a las víctimas. Es decir, originan un encarcelamiento psicológico en las mismas, las cuales se encuentran en una situación de control a través de distintos métodos utilizados por los victimarios, como la servidumbre por deuda (generalmente como las víctimas carecen de recursos para el traslado al supuesto lugar de destino en donde tendrá trabajo prometido inicialmente, el costo que genera eso lo solventa inicialmente el tratante), confiscación de sus documentos, aislamiento lingüístico, de sus redes sociales y violencia física.

Ahora bien, la trata de personas, como ya se ha dicho más arriba, vulnera innumerables derechos humanos como el derecho a la integridad personal, derecho a no sufrir esclavitud o servidumbre, derecho a la libertad personal, derecho al reconocimiento de la dignidad, derecho a la salud, a estar libres de explotación, a estar libres de un trato cruel e inhumano, a estar libres de la discriminación basada en el género y a estar libres de violencias, entre otros.

Es decir, el delito de trata de personas viola innumerables derechos humanos (vida digna, libertad, dignidad, seguridad, vida sin violencia, no discriminación, entre otros), derechos que son tal como lo sostiene Ferrajoli (1997) “indisponibles” es decir, que están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado. En virtud de su indisponibilidad activa, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender un derecho fundamental como la libertad personal y en virtud a su indisponibilidad pasiva, no son expropiables o limitables por otros sujetos, por ello ninguna mayoría, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía.

En virtud de ello, hay consenso internacional en combatir la trata de personas en tanto resulta ser un flagelo para la comunidad internacional.

#### **IV. ¿“Prostitutas” o mujeres trabajadoras?**

Ahora bien, no existe tal consenso con relación a la postura que se debe tomar frente al ejercicio de la “prostitución”.

Existen varias definiciones de este concepto y a su vez distintos sistemas que cada país puede tener en cuenta para permitirla, tolerarla o combatirla, según decida.

Como primera aproximación al tema, resulta útil el análisis del significado del término “prostitución”, definida según la Real Academia Española, como la actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero.

Siempre presupone la decisión libre y voluntaria de quien la ejerce, siendo esta una persona mayor de edad en uso pleno de sus facultades, ya que cualquier cercenamiento o limitación a la decisión del ejercicio en sí de esta actividad, nos colocaría en el campo de los delitos contra la integridad sexual, es decir no se puede practicar la “prostitución” si no es realizada libremente con el conocimiento pleno de quien realiza dicha actividad, solo así puede hablarse de que nos encontramos ante

un acto de “prostitución”. Cualquier otra práctica sexual realizada en forma gratuita o por dinero o a cambio de algo que no fuere realizada con pleno consentimiento y decidida libremente por quien la realiza, será una agresión sexual que vulnera los derechos humanos esenciales como la integridad sexual amparada en la Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Por lo que desde un aspecto jurídico corresponde concluir que el ejercicio libre y voluntario de la prostitución, única posibilidad, desde el punto de vista conceptual, no constituye delito alguno para nuestro ordenamiento jurídico, y no debe ser utilizado como elemento valorativo para discriminar a quien realiza dicha actividad dado que debe respetarse su esfera de intimidad.<sup>6</sup>

En el orden doctrinario existen tres sistemas vinculados al ejercicio de la prostitución: Reglamentarismo, Prohibicionismo y Abolicionismo. Resumidamente, el sistema reglamentista es aquel que “tolera” y reglamenta la actividad; el prohibicionista aquel que la prohíbe y castiga y el abolicionista el que reconoce su existencia y lucha por su erradicación.

Pero tal vez desde esta sistematización, ya se arrastra la confusión de base muy común que ha quedado aclarada en el punto anterior. Estos sistemas no prestan debida atención a separar los distintos supuestos diferenciados anteriormente sino que legislan en forma general dándole a distintas situaciones el mismo tratamiento. Con lo cual se genera un reduccionismo basado en prejuicios generalizados, en los cuales se considera que el fenómeno de la prostitución es único, cuando tiene distintas manifestaciones, y contenidos como se está tratando de demostrar.

---

<sup>6</sup> En definitiva, no debe confundirse el ejercicio individual de la prostitución con la explotación de la prostitución ajena y en virtud de ello, en principio, podríamos decir que no todas las mujeres que se prostituyen son explotadas por terceras personas que se quedan con un porcentaje de su actividad, llámeselos proxenetas o con cualquier otra denominación. La primera conducta queda dentro de la esfera de las acciones privadas de los seres humanos, en cambio la explotación de la prostitución ajena es una conducta prohibida en nuestro ordenamiento jurídico según el art. 17 de la ley 12.331, y por los arts. 125 y 126 del C.P.

En ese sentido, actualmente los movimientos feministas han revivido una fuerte disputa que tiene sus inicios en los años '60 con la libertad sexual de las mujeres como reivindicación feminista.

A grandes rasgos, la disputa se podría resumir en dos posturas antagónicas: por un lado la postura abolicionista, en donde explotación y violencia contra las mujeres es inherente al comercio sexual y por lo tanto hay que abolir dicha práctica ya que se encuentra relacionada con la cosificación de la mujer, y la dominación del hombre sobre la misma acrecentada por un sistema capitalista cada vez mas neoliberal; y por el otro lado la postura que sostiene que la actividad del trabajo sexual tiene diferentes formas de desempeño, no necesariamente relacionadas con la dominación del hombre sobre la mujer y las prácticas de violencia sobre las mismas, por lo que el trabajo sexual debería regularse reconociéndose derechos laborales a quienes realizan dicha actividad.

Creo que esta disputa dentro de los movimientos feministas, en tanto se planteen desde posturas radicales, no va a poder zanjarse, al menos en un tiempo cercano.

Sin perjuicio de comprender la problemática que plantean ambas posturas, y sin querer dar una solución a un tema tan complejo, sino generar disparadores que puedan aportar a la discusión, creo que siempre que se han generado espacios o lugares propicios para los grandes negocios en la clandestinidad, las personas que resultan siempre perjudicadas y afectadas son las más vulnerables, en este caso, las mujeres que trabajan ofreciendo servicios sexuales.

Por otro lado, no hay que olvidar que sobre estas mujeres pesa el estigma de la doble moral. Como lo sostiene Lamas:

*“La prostitución femenina produce reacciones adversas porque atenta contra el ideal cultural de castidad y recato de la feminidad (Leites, 1990), y la venta de servicios sexuales ofende o irrita a muchas personas que creen que “degrada” la dignidad de la mujer. El asunto de fondo es justamente la existencia de una doble moral:*

*la sexualidad de las mujeres es valorada de manera distinta de la de los hombres” (Lamas, 2016:26)*

Sobre quienes pesa esta doble moral, es decir sobre las mujeres, la clandestinidad encuentra el espacio propicio para exacerbar las violencias contra ellas, ya que, en los casos en que no son víctimas de la trata de personas, se las castiga por haber osado correrse de su lugar culturalmente asignado de “mujer santa” para “elegir” ser “mujeres putas”, es decir, convertirse casi en delinquentes<sup>7</sup>, a la vista de la sociedad.

Entrecomillo el término “elegir” ya que tomar esa decisión en muchos casos se reduce a querer sobrevivir de algún modo ya que la otra opción que tienen muchas mujeres es quedarse en ámbitos de violencia o mucho peores, en donde no existen posibilidades laborales de ningún tipo. Digo en algunos casos porque no hay que dejar de tener en cuenta aquellas mujeres que sostienen haber elegido el trabajo sexual, y pensar de otro modo, sería desconocer su capacidad de agencia y tomar una postura paternalista sobre las mismas.

Recordemos también que los trabajos asignados culturalmente a las mujeres, en la división de roles a fines de poder llevar adelante una sociedad capitalista pensada para el hombre productor y para la mujer reproductora, fueron y son, remunerados con salarios más bajos, como ya lo señalara, que los trabajos culturalmente asignados a los hombres.<sup>8</sup>

En consecuencia, da la sensación que la preocupación por la regulación del trabajo sexual parece estar más relacionada con una cuestión de mantener el statu quo de las relaciones de

<sup>7</sup> En ese sentido Naredo sostiene *“la mujer que delinque obtiene un mayor reproche social que el hombre, pues no ha sabido comportarse conforme al rol que le viene asignado por la sociedad, por un lado sumisa, pasiva, obediente y, por otro, representante del orden familiar, mediadora de los conflictos ajenos, etc ... El inconsciente colectivo convierte a la mujer presa en una <antimujer>, en una madre desnaturalizada, de este modo, tiene que soportar <una doble estigmatización: primero como delincuente pero además como mujer delincuente>”* (Naredo, 2012: 271).

<sup>8</sup> Un reciente informe de la OIT (2018) da cuenta que las mujeres todavía ganan un 20 % menos que los hombres.

género que por la explotación en sí, en el caso en que consideráramos que la “prostitución” supone explotación.

En ese sentido me permito destacar lo sostenido por Lamas en cuento a que:

*“La compra-venta de servicios sexuales está vinculada con la precariedad laboral que, más que un fenómeno transitorio, es una condición estructural del capitalismo. Por ello contrasta la preocupación escandalizada ante la “explotación sexual” de cara a la indiferencia por la explotación de las obreras, las empleadas del hogar, las campesinas, las enfermeras, las taquilleras, las meseras, las de la maquila, las barreñeras y tantas otras trabajadoras que también son explotadas.” (Lamas, 2016:26,27)*

Y aquí es donde la sociedad tiene que prestar mucha atención ante una especie de angustia moral generalizada que deriva en un pedido social de presencia estatal a través de un sistema represivo como es el sistema penal ya que en los intentos de solucionar a través del castigo penal los problemas sociales se termina criminalizando, siguiendo a Wacqwant (2004), a los que menos posibilidades de acceso a derechos tienen.

## V. Conclusiones

Los temas analizados resultan sumamente complejos, y como lo expresé en la introducción, no se pretenden agotar los mismos, sino comenzar a aclararlos conceptualmente, para que así sirvan como punto de partida para otros análisis más profundos, alzando las voces fundamentalmente de las/os trabajadoras/es sexuales.

Quizás con la regulación del trabajo sexual como posibilidad del ejercicio libre y voluntario de la prostitución individual, se puedan dejar atrás las condiciones insalubres y la situación de vulnerabilidad de las personas que la practican, que han sido explotadas sistemáticamente en forma organizada, generando un lugar propicio en el cual se instalaron y desarrollaron las redes de tratas de personas, que aprovecharon los elementos de

clandestinidad, corrupción, prejuicios sociales, falencias económicas y culturales, para llevar adelante su actividad.

Considerando que la igualdad es un componente fundamental de la democracia, hasta tanto no exista igualdad de oportunidades reales de género no podremos disfrutar de un estado democrático pleno.

## VI. Bibliografía

- FERRAJOLI, L. (1997) *Derechos y Garantías*; Madrid, España. Ed. Trotta.
- FRASER, N. (1997). *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- LAMAS, M. (2016) Feminismo y Prostitución: la persistencia de una amarga disputa. *Debate Feminista. Volumen 51*, pp. 18-35. Recuperado de [https://ac.els-cdn.com/S0188947816300287/1-s2.0-S0188947816300287-main.pdf?\\_tid=54e6ed23-a892-4717-80eb-a0da50f6f032&acdnat=1550780571\\_ab2bc9d96cab8f77a-59fb33c5f654356](https://ac.els-cdn.com/S0188947816300287/1-s2.0-S0188947816300287-main.pdf?_tid=54e6ed23-a892-4717-80eb-a0da50f6f032&acdnat=1550780571_ab2bc9d96cab8f77a-59fb33c5f654356).
- NAREDO MORELO, M. (2012). Reclusas con hijos/as en la cárcel En: *V LEX*. En: <https://app.vlex.com/#vid/441850>, pp. 263-275.
- Organización de las Naciones Unidas – ONU (1993) *Conferencia mundial de Derechos Humanos*. Recuperado en [https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo – OIT (2018) *Informe Mundial sobre Salarios 2018/2019*. Recuperado de [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS\\_650648/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_650648/lang-es/index.htm)
- RÍOS, L. (2017) Infancias como colectividades bivalentes: una mirada etnográfica sobre las representaciones sociales del “interés superior del niño/a” en contexto de encierro. Recuperado en [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/62488/Documento\\_completo\\_.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/62488/Documento_completo_.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- SEGATO, R. (2016) *La Guerra contra las mujeres*. Recuperado en [https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45\\_segato\\_web.pdf](https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map45_segato_web.pdf).
- WACQWANT, L. (2004). *Las Cárceles de la Miseria*, Buenos Aires, Manantial.

---

## Derecho constitucional como arquitectura: fronteras entre el jurista Raúl Gustavo Ferreyra y el arquitecto Paulo Mendes Da Rocha

Constitutional law as architecture: borders between the jurist Raúl Gustavo Ferreyra and the architect Paulo Mendes Da Rocha

Direito constitucional como arquitetura: fronteiras entre o jurista Raúl Gustavo Ferreyra e o arquiteto Paulo Mendes Da Rocha

Le droit constitutionnel en tant qu'architecture: des frontières entre le juriste Raul Gustavo Ferreyra et l'architecte Paulo Mendes Da Rocha

*Raimundo Eloy Miranda Argôlo*<sup>1</sup> | Faculdade da Cidade  
–Rede FTC, Salvador,  
Bahía, Brasil

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686  
Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 249-279  
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e253>  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2878-771X>  
Recibido: 17/12/2018  
Aprobado: 01/03/2019

---

**Resumen:** A partir de la afirmación de que la Constitución es la arquitectura del interior del Estado, hecha por Raúl G. Ferreyra, el presente ensayo realiza un diálogo propositivo sobre la naturaleza del artificio constitucional a través del cotejo de las ideas del constitucionalista argentino y la obra del arquitecto brasileño Paulo Mendes da Rocha. Se intenta demostrar cómo el embate de tales modelos de conocimiento, a

---

<sup>1</sup> Abogado en estado de Bahía, Brasil. Profesor universitario, alumno del Programa Intensivo de Doctorado de la UBA. <http://lattes.cnpq.br/7321249752742243>.

priori disociados, pueden clarificar ideas que fundamentan el desarrollo de un “constitucionalismo brutalista”.

**Palabras claves:** Constitucionalismo. Arquitectura. Brutalismo. Invencción. intervención.

**Abstract:** Based on the assertion that the Constitution is the architecture of the interior of the State, made by Raúl G. Ferreyra, the present essay makes a propositive dialogue about the nature of the “constitutional artifice” through the collation of the ideas of the Argentine constitutionalist and the work of the Brazilian architect Paulo Mendes da Rocha. It tries to demonstrate how the onslaught of such models of knowledge, a priori dissociated, can clarify ideas that underlie the development of a “brutalist constitutionalism”.

**Keywords:** Constitutionalism. Architecture. Brutalism. Invention. Intervention.

**Resumo:** Com base na afirmação de que a Constituição é a arquitetura do interior do Estado, feita por Raúl G. Ferreyra, o presente ensaio faz um diálogo proativo sobre a natureza do artifício constitucional através da comparação das idéias do constitucionalista argentino e o trabalho do arquiteto brasileiro Paulo Mendes da Rocha. Tenta-se demonstrar como a investida de tais modelos de conhecimento, a priori dissociados, pode esclarecer idéias que fundamentam o desenvolvimento de um “constitucionalismo brutalista”.

**Palavras-chave:** constitucionalismo, arquitetura, brutalismo, invenção, intervenção.

**Résumé:** Partant de l’affirmation de de Raúl G. Ferreyra qui soutiens que la Constitution est l’architecture de l’intérieur de l’État, ce travail propose un dialogue de type propositif sur la nature de l’artifice constitutionnel en rassemblant les idées du constitutionnaliste argentin et les travaux du L’architecte brésilien Paulo Mendes da Rocha. Nous essayons de démontrer de quelle manière l’assaut de tels modèles de connaissance, dissociés a priori, peut clarifier les idées qui sous-tendent le développement d’un “constitutionnalisme brutaliste”

**Mot-clés:** Constitutionnalisme, Architecture, Brutalisme, Invention, Intervention

## **I. Consideraciones iniciales: ¿Por qué Raúl Gustavo Ferreyra, por qué Paulo Mendes Da Rocha?**

La respuesta inicial, y absolutamente sincera, es la siguiente: el propio Profesor Raúl Ferreyra, por ocasión de una conversación rápida sobre arquitectura modernista, dijo que le gustaba Paulo Mendes da Rocha. Como el gusto es una lírica expresión de la racionalidad humana, estaba dada la indicación sobre un posible modelo de racionalización espacial del pensamiento constitucionalista de Ferreyra.

El presente ensayo no pretende desvelar a Raúl Ferreyra, sus escritos son suficientemente claros, pero ofrecer una lectura alternativa de su pensamiento a través de un juego analógico entre palabras e imágenes. Ocurre entonces, el esfuerzo que sigue, como consecuencia de la sospecha de que si Ferreyra fuera arquitecto se expresaría de forma parecida a que se expresa Paulo Mendes da Rocha. Sospecha que se funda no sólo en el gusto declarado por el autor como aquí se pretende demostrar.

Paulo Mendes da Rocha, brasileño del Estado de Espirito Santo, ganador de los premios Mies van der Rohe e Pritzker, se ha convertido en uno de los más importantes arquitectos del mundo. Heredero intelectual de la arquitectura modernista brasileña, tuvo en Vilanova Artigas su maestro más influyente, por las manos de quien ingresó en el magisterio de la Facultad de Arquitectura de la Universidad de São Paulo. Se ha acordado pensar su obra como perteneciente al llamado Brutalismo, que designaría una forma racionalista y realista de pensar y hacer arquitectura.

Este brutalismo tiene otras características de importancia central. Una es estrictamente técnica y expone la nítida vinculación de esta arquitectura con valores estéticos del industrialismo: la solidez y la transparencia constructiva de una arquitectura hecha por ingenieros, la simplicidad de sus componentes estructurales, la utilización expresiva de los grandes volúmenes de concreto y su

poterosa dinamización espacios interiores y exteriores. (...) La última característica de este brutalismo paulista no es la menos importante. Es dignificación humana de los espacios, la dimensión consciente y socialmente responsable de sus dibujos, la clara proyección de un concepto abierto y participativo de ciudad en el proyecto arquitectónico. (SUBIRATS apud ROCHA, 2006, p.13)

Ana Elisa Moraes Souto, en su tesis de doctorado así sintetiza:

La obra de Paulo Mendes ha mantenido desde el principio de su carrera a finales de los años 50 una continuidad y consistencia. Los partidos arquitectónicos tan evidentes desde los primeros proyectos se pueden resumir en pocas palabras: claridad espacial, control técnico, concisión de medios. Lo que parece un vocabulario restringido es un proceso de síntesis que, a cada proyecto, condensa el sentido esencial de lo que quiere decir. (SOUTO, 2010, p. 27)

La claridad espacial, el control técnico y la concisión de medios serían descripciones también adecuadas en una reseña sobre la obra de Raúl Gustavo Ferreyra, que concentra su pensamiento en investigar cómo la constitución, este invento, puede realizarse de forma racional y racionalizante. Este objetivo no implica atención a los adornos, ni a las superficialidades, sino a la fundación y a la estructura. Pensamiento tal que ciertamente también dirige la proyección de los edificios de vigas aparentes y concreto expuesto, tan característicos de Paulo Mendes da Rocha como expresión de un principio ético: la exposición verdadera de lo que se inventa, para qué y para quien se inventa.

En relación al constitucionalista, un texto en especial es el objeto de referencia para la presente composición, se trata del “Manifiesto sobre el Estado constitucional: Reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la mancomunidad estatal”, en su primera parte, cuya lectura es enriquecida por los textos “Sobre la constitución: el concepto, composición y mecanismos” y “La patología del proceso de reforma: Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina”.

En cuanto al arquitecto, se eligen ochos de sus trabajos, construidos o apenas proyectados, expresivos de dos movimientos significativos de su obra: la invención y la intervención. La primera bien caracterizada en el Gimnasio del Club Paulistano, en el Museo Brasileño de Escultura, en la Casa Junqueira y en la Casa Gerber. La segunda de igual modo en el proyecto para la Biblioteca Nacional de Río de Janeiro, en la Pinacoteca de São Paulo, en el nuevo pórtico de la Plaza del Patriarca y en el edificio de la FIESP en São Paulo.

La intención es demostrar cómo este juego comparativo, teórico e imagético entre las dos obras permite la visualización de un modelo teórico útil en cuanto a la producción y crítica del constitucionalismo en nuestro tiempo y en nuestro locus. En Mendes da Rocha, hay un mismo fundamento en sus momentos de invención e intervención, un mismo compromiso de naturaleza ética, y sobre todo la certeza de que la intervención es también invención y sólo por eso se justifica.

Estas operaciones también se perciben en Ferreyra al pensar la constitución como condición fundamental del Estado, siendo uno de sus elementos al lado de Pueblo, Territorio y Poder, al pensar como esos otros tres elementos, nunca aislados, construyen (invención) y siguen dialogando con la constitución y principalmente sobre cómo el proceso de reforma de la constitución (intervención) no debe dissociarse de su proceso originario.

En los dos casos, hay una racionalidad, creativa y reflexiva, sobre todo coherente, que subyace todos los momentos de los procesos que les interesan, vistos no como objetos aislados, sino ligados por un diálogo que exige un compromiso ético. Esa es la razón que responde el porqué del presente trabajo.

## **II. Arquitectura y constitución son inventos**

Mendes da Rocha es un arquitecto modernista, brutalista, esencialmente paulista en su concepción funcional, aunque nació en el Espirito Santo y vivió en diferentes estados

brasileños por el trabajo de su padre: un ilustre ingeniero de puertos y otras estructuras acuáticas. Su primer interés, como apunta sus relatos personales, es por la ingeniería de su padre, por la manera como él formulaba soluciones para sus obras, alcanzando sus objetivos. Ese deslumbramiento posteriormente desarrollaría la certeza de la técnica como instrumento concreto para las realizaciones.

Su formación en Arquitectura se dio en los años 50, en la primera clase de la Universidad Mackenzie que ofreció esa carrera desmembrada de la Ingeniería. No optó por el curso en la Universidad de São Paulo para no tener que rendir cuentas a su padre, o en sus palabras “para no avergonzarlo”, ya que era profesor de la institución. Ha tenido, naturalmente, una formación clásica. pero en Brasil ya había arquitectos consagrados como Oscar Niemayer, Lucio Costa y Alfonso Reidy y toda la influencia de Le Corbusier y Mies van der Rohe. Tales modelos arquitectónicos que ciertamente mucho más le interesaban, sobre todo por la exaltación de la técnica, de la idea de funcionalidad y del componente inventivo.

El arquitecto nacido de ese contexto personal y social estaba naturalmente inclinado a “ver la arquitectura por la mano de la ingeniería, antes como una actividad de transformación que un conjunto de teorías, prototipos, estilos. En sus palabras: “Ver la arquitectura como el ingenio que resuelve problemas” (ROCHA apud SANTOS, 2013, p. 2). Razón por la cual, debe haberle encantado la estética y ética brutalista, que, a pesar de su indeterminación académica, encuentra en perspicaces comentaristas definiciones bien apropiadas.

Por ejemplo, la síntesis de Sanvitto al decir que:

“El Brutalismo se caracteriza por la expresión de los materiales en detrimento de superficies bien acabadas, donde la idea de belleza se asocia a la verdad constructiva. La edificación debe ser honesta, demostrando sus materiales, así como la técnica constructiva adoptada” (SANTOS, 2013, p.6)

Aún, el elogio de Subirats al describir como:

“Una arquitectura de concreto. Una arquitectura que utiliza el concreto como materia industrial sin adornos, pero que utiliza su plasticidad como medio de una libertad espacial y raras veces igualada por cualquier otra arquitectura moderna. (SUBIRATS apud ROCHA, p.13).

Tales características ya surgen en la obra inicial de Paulo Mendes da Rocha y se desarrollan en una trayectoria coherente e integral hasta los días actuales. Cuando concurrió a la proyección del Gimnasio de Deportes del Club Paulistano y venció, ya se verificó en el proyecto y posteriormente en el gimnasio construido los elementos brutalistas, pero sobre todo el trazo inventivo, de quien buscaba una solución que transforma lo existente y permite nuevas posibilidades espaciales. Un verdadero artefacto que, exactamente como una brújula, un telescopio o un avión, posibilita nuevas especies de conocer y experimentar la realidad.

Se trataba de la idea de hacer un gimnasio para el referido club, que se encuentra en una región noble y densamente poblada de la ciudad de São Paulo. El terreno disponible está situado en su patio interior, pero uno de sus límites es la propia calle Augusta, famosa calle comercial, en ese tiempo el centro de todos los acontecimientos en la ciudad. Paulo Mendes da Rocha decide crear un espacio que contemple esa comunicación directa con la calle, haciendo de su gimnasio una plaza abierta a la ciudad. Se hunde el área de juegos y las gradas en esta plaza, de modo que las personas acceden inicialmente a la parte alta del gimnasio, transformando el techo del edificio en el propio edificio.

El Gimnasio Paulistano fue proyectado como una proeza de la ingeniería, cuyos cálculos precisos garantizaron el aterrizaje de esa estructura, apoyada en pocos pilares, que parecen tocar el suelo, para resaltar la apertura de aquel espacio a la comunidad, aunque sea privado, su programa está protegido, no dejando de ser público.

La técnica, invención y consecuente transformación de la realidad serán, por lo tanto, la marca de los innumerables proyectos elaborados por Paulo Mendes da Rocha. Invención no sólo del objeto construido, sino también del propio espacio donde está insertado. El arquitecto no sólo dialoga con el espacio, lo transforma e inventa un nuevo espacio, ya partir de entonces un nuevo programa para las personas que viven en este espacio. Esta idea está latente en los otros proyectos aquí seleccionados y es afirmada categóricamente por el propio arquitecto: “En nuestra formación, la cuestión del espacio y de la espacialidad de la ciudad por la mano de la cosa construida, transformación de la propia geografía siempre fue la esencia de la arquitectura. (ROCHA, 2006, p. 74)

Se enfoque, entonces, a la Casa Junqueira, así nombrada pues se trata de la residencia del ilustre abogado y profesor de la Universidad de São Paulo, Antônio Junqueira. El propietario quiere una casa que contemple su extensa biblioteca, responde Mendes da Rocha dibujando una biblioteca que contempla una casa en los fondos.

La casa está dividida en dos volúmenes, la biblioteca en la parte frontal del terreno es aparente a quien está en la calle, está elevada del suelo, escondiendo el segundo volumen, que a nivel del suelo alberga la parte residencial. Mientras la parte “pública”, aunque no es propiamente, se encuentra evidenciada, la parte “privada” es escondida, limitada, “funcionalizada”. Incluso el techo de la parte residencial se convierte un jardín, que sirve principalmente al usuario de la biblioteca que se conecta al jardín a través de una pasarela lateral al edificio.

Toda arquitectura es funcional; sin embargo, al proyectar lo necesario, se proyecta algo más. Es decir, se pone en la forma, de alguna manera, también noticias sobre el futuro. ¿Qué deseos están escondidos en la forma? (ROCHA, 2006, p.117).

Esta concepción de arquitectura se establece como “proyección de un deseo”, o aún “proyección de un programa”,

expresado en la idea de “noticias sobre el futuro”, una frontera demasiado interesante con el pensamiento de Raúl Ferreyra al definir:

El artificio constitucional, por intermedio de la normatividad propia e inherente de cada una de sus determinaciones procesales y de contenido, fundamenta el paso de un nivel jurídico superior a otro inferior, en forma sucesiva, es decir, cómo pueden ser constituidos los diversos objetos de cada uno de los niveles del orden jurídico. En resumen, la arquitectura del interior del Estado, la razón para su existencia — dado que su propia normatividad contiene la descripción de los procesos y los límites y vínculos para validar toda la producción jurídica inferior— encuentra fundamento en la constitución, exquisito artificio diseñado por el hombre. (FERREYRA, 2015, p.42)

El diálogo que busca evidenciarse no está resumido en el hecho coincidente de Ferreyra referirse a la constitución como “arquitectura del interior del estado”, sino debidamente instaurado en su concepción de la Constitución como artificio, o sea, en cuanto un producto del ingenio humano esencialmente funcional, que guarda en su forma la medida de esa funcionalidad. No pensar la Constitución como un objeto autorreferente y sí como instrumento “tecnológico” que constituye realidades y posibilidades humanas es la frontera inicial de ese diálogo.

En la Casa Junqueira, el terreno se diluye y nace entonces un nuevo espacio, el jardín desplazado para el techo del volumen residencial, al mismo nivel de la biblioteca, un volumen suspendido haciendo surgir otro terreno entonces, un plano superior continuo de biblioteca y jardín, haciendo desaparecer la residencia en el plano “inferior”. Este tipo de operación inventiva, que crea necesariamente nuevos espacios y nuevas funcionalidades espaciales está también en el proyecto para el Museo Brasileño de Escultura como bien observa Catherine Otondo:

“En dos extremos podemos decir que en la Casa Junqueira hay una transformación completa del terreno,

está totalmente incorporado a la construcción, de modo que ya no es posible reconocer uno sin el otro. En este sentido, el proyecto del Museo de la Escultura-que deriva directamente de un raciocinio experimentado en la Casa Junqueira- es la realización máxima de este pensamiento. (OTONDO, 2013 p. 145)

Hay un esfuerzo, en este proyecto, de reorganización en el sentido de apuntar nuevos modos de organizar un espacio doméstico. En este esfuerzo, el terreno no es un límite, sino objeto de esa reorganización. La propia “tradicción” que propone un modelo de casa tampoco se constituye en límite. En Mendes da Rocha la arquitectura se acerca al invento, cuando se apropia no sólo del deseo de proponer nuevas funciones o nuevos programas, sobre todo cuando se apropia del deseo de atravesar los límites.

Por ejemplo, en el Museo Brasileño de Escultura, un pedido de la sociedad civil que desea ocupar un terreno en las mediaciones de un barrio rico de São Paulo. La gran acción de Mendes da Rocha es tomar el lugar, transformarlo, construyendo un museo sin muros, inicialmente sin puertas, que es, en verdad, una gran plaza. Los elementos caracterizadores: el concreto, la estructura, la solidez, la incorporación de las alturas y los descensos naturales, pero sobre todo la creación de nuevas alturas y rebajas, que crean una “naturaleza” artificial, que revela y reserva conforme a sus intenciones, el programa del museo.

Así sintetiza el arquitecto: “En el marco de la organización del espacio debemos establecer territorios reconfigurados para que los ideales humanos se efectúen.” (ROCHA, 2006, p.16). Intrigante como la actitud hacia el territorio, que puede ser leída como actitud hacia la naturaleza, vista como condición a ser vencida, transformada, reconfigurada en favor de la efectividad de los ideales humanos, con la idea de Constitución mientras la “máquina” que permite la superación de esos límites, “capaz de organizar y definir una fuerza o energía ciudadana” (FERREYRA, 2015, p. 40) o aun cuando afirma:

En otro texto —que ahora forma parte de éste— se observa: “La constitución como norma se encuentra inserta,

siempre, en un contexto de ‘cultura’. ‘Cultura’ significa lo creado por el hombre, en diferenciación de la naturaleza”. La artificialidad de la constitución queda expuesta con su factura o “hechura”; concretamente: el dato indisputable de su “elaboración humana” sin desprenderse sus creadores de su filiación del mundo natural, pero sin la intervención directa de éste en la generación normativa (FERREYRA, 2015, p.40).

La lectura conjunta de las obras de Ferreyra y Mendes da Rocha posibilita el enfoque en la artificialidad de las constituciones como característica esencial para su correcta comprensión. como cualquier artificio, toda constitución no es una descripción de la naturaleza, sino una invención con características e intenciones que no guardan necesariamente la servidumbre hacia lo natural. Las constituciones no sólo son “libres” de la naturaleza, aunque con ella dialogue, ellas también pueden crear simulacros naturales, reconfigurando el modo relacional de los hombres y el medio natural. De modo que vivir en el Estado Constitucional es experimentar el mundo reconfigurado por este artificio humano.

Uno de los mecanismos de reconfiguración espacial utilizadas por la Constitución es la creación de unidad entre los elementos pertenecientes a un dado contexto, sean estos elementos pretéritos a ella o no, sean naturales o culturales, la Constitución establece un eje dialógico entre todos, que es un resultado lógico de su preponderancia. En ejemplo del MUBE, aunque sea su espacio compuesto por diferentes formas expresivas, hay un sentido unitario establecido por el techo que abraza la plaza y por el uso exclusivo del concreto como “revestimiento” interno y externo.

El concreto armado, en este sentido, se presta muy bien al raciocinio espacial de PMR, pues como se trata de materia sin revés, las relaciones entre dentro y fuera, peso, densidad y color fijos equivalentes, y de ahí tenemos la sensación de unidad espacial (OTONDO, 2013, p. 98).

La unidad espacial en arquitectura o coherencia en derecho constitucional son características reivindicadas justamente porque se espera de la “casa” o de la “Constitución” una orientación sobre cómo ubicarnos, de modo espacio - temporal, en el mundo. Son proyectos racionalizantes de la vivencia humana, debiendo expresarse de forma racional. Nadie podría pensar en un engranaje cuyas piezas no guardan coherencia.

La coherencia es una cualidad inmensamente relevante, porque la existencia de enunciados contradictorios implica arbitrariedad. Y la constitución tiene que ser el código de la racionalidad ciudadana. (FERREYRA, 2012, p.91).

En la arquitectura de Mendes da Rocha esta coherencia visual entre la apariencia interna y externa termina por ser un principio, que expresa su incredulidad en cuanto a la división de los espacios públicos y privados. ¡Todo es público! No teniendo sentido para la arquitectura estimular la privatización de las experiencias sea en la casa o en el museo, porque no importa la casa, ni el museo. ¡Importa la ciudad! Se da evidentemente una arquitectura política, en el sentido original, que se remonta al Zoon Politikon del pensamiento aristotélico.

En el constitucionalismo de Ferreyra la unidad visual o espacial da como reclamo por la coherencia de los elementos jurídicos, coherencia que encuentra su sentido en los mecanismos y contenidos determinados por la Constitución. No hay espacios privados de Constitución, visto que la misma impone unidad. Mendes da Rocha diría al constitucionalista:

Así dice el propio autor: “Nosotros, arquitectos, no deberíamos pensar en espacios privados y espacios públicos. El único espacio privado es la mente humana y el gran deseo del hombre es que su mente se haga pública, que pueda comunicarse. Sin los otros no somos nada y la arquitectura debería reflejar eso. (ROCHA, 2006, p.91)

Por otro lado, en la Casa Gerber el diálogo con la naturaleza enfatiza el elemento inventivo. Parece que Mendes da Rocha reconoce que no puede vencerla en este proyecto, pero proyecta

su “invención” como una fuerza espacial que debe imponerse. La casa en Angra está situada sobre una piedra, rodeada por el mar, tras un camino en la mata atlántica. La naturaleza, en el caso, es un dato muy fuerte. Disfrutar de la naturaleza o acercarse a ella, incluso, son objetivos razonablemente deseados por quien desea construir en un lugar como ese.

Mendes da Rocha une todas las vigas de sustentación en el centro de la casa. La idea es dejar las paredes laterales absolutamente libres, así al ser compuestas tan sólo por cristal permiten la apreciación integral del paisaje: el mar de Angra. La casa está apoyada en una enorme roca, de formas y alturas irregulares. En vez de hacer el nivel de la casa en altura completamente superior a la roca, el arquitecto prefiere dejar florecer, emerger en el piso puntas de esta piedra. No basta usar la naturaleza como fundamento estructural, hay que dejar clarividente, exponer la técnica, rendir los agradecimientos. Una vez más el compromiso ético con la verdad constructiva se evidencia. Lo que se resalta, sin embargo, puede ser dicho con las palabras del propio autor:

La demanda fundamental es la transformación de la naturaleza a punto de hacerla habitable. Tenemos que verla no como paisaje, sino en su dimensión fenomenológica de la fuerza de la gravedad, mecánica celeste, de estabilidad de las construcciones dentro de esa extraordinaria y monumental situación de nuestra presencia en el universo. (ROCHA, 2006, p.6).

La casa, por más que tribute a la naturaleza el valor de su grandeza, no cede espacio o intención a ella. El vidrio, en vez de rodear o retroceder ante la piedra que emerge del suelo, literalmente corta la piedra. Se evidencia, así, la necesidad del hombre de constituir su espacio, lo que no significa una destrucción del espacio natural, sino una composición “inventiva” y ciertamente transformadora.

En este sentido, se exaspera el arquitecto en su estética brutalista, haciendo, por ejemplo, un “sótano” del espacio vacío que surge por la superposición del piso en la piedra. No es necesario esconderla, él la inventa como fundamento, pared,

obra de arte y sobre todo memorial crítico sobre su concepción arquitectónica. Mendes da Rocha insiste constantemente en que la creación tiene como fin la superación de lo natural en favor de la construcción de un modo mejor de vivir. Por esa razón afirma que “La realización del hábitat humano supera la idea de algo listo y establecido.” (ROCHA, 2006, p. 173.), así como, se debe al ingenio humano el desarrollo de posibles mejores condiciones. La máquina, el instrumento, la casa o el derecho son artificios que inauguran y condicionan nuevos mundos al permitir visiones innovadoras de las posibilidades del hombre. En sus palabras:

La contemplación dice, con razón que es el Sol que gira en torno a la Tierra. Es la máquina que muestra que no. Es el microscopio, son los medidores, ecopatómetros y ondas, lectura de espectrómetros de masa que dicen por la luz de la estrella cuántos años ella tiene. Son máquinas. (ROCHA, 2006, p.53)

La Constitución pensada por Ferreyra tampoco es mimética o meramente descriptiva de lo que aparentemente es la “naturaleza”, es una acción inventiva que reorganiza el modo de actuar, tal cual el instrumento tecnológico que al ser inventado reorganiza la forma de pensar, un artificio, que como cualquier otro sublima el deseo de superación del estado natural, sedimentando la inteligencia humana como factor condicionante de la realidad. Ferreyra puntualiza su significado:

“Artificio” (del latín *artificium*) posee cuatro acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE): “1) Arte, primor, ingenio o habilidad con que está hecho algo; 2) Predominio de la elaboración artística sobre la naturalidad; 3) artefacto (máquina, aparato) y 4) Disimulo, cautela, doblez”. Así, la constitución, instrumento fundamental para la ordenación de la comunidad estatal, es un significativo “artificio”, desde que todo lo que hay o puede existir en ella se corresponde o resulta susceptible de relacionar o implicar con alguna de las definiciones prestadas por el DRAE. (FERREYRA, 2015, p.39)

El artificio constitucional, por tanto, sea en su dimensión regulatoria o en su dimensión programática es el invento que permite a los hombres reinventar modos de convivencia pacífica, experimentando arreglos que potencien la “mejor” versión de una comunidad política. La constitución es, en ese sentido, un programa funcional, que sintetiza el diálogo político, ese entendido como el conjunto de expectativas de los hombres entre sí y de ellos con la naturaleza, para proyectar y regular el convivio.

Cuando se visualiza la Casa Gerber se concluye que hay una postura contemplativa con relación al natural, pero que necesariamente no agota las necesidades y anhelos humanos. Es evidente que para Mendes da Rocha, el acceso a la propia naturaleza depende de la instrumentalización del hombre por la técnica, que revela la naturaleza, pero también le confiere otros sentidos. La Constitución también hace nacer otra naturaleza, porque después de su aparición el “mundo original” ya no puede ser accedido. Ella inaugura innovadores modos relacionales que condicionarán al mundo a los propósitos de sus creadores. Como acción inventiva genuina, el artificio constitucional es una intervención humana en la naturaleza. Al respecto, las palabras de Ferreyra:

Primero. Sin desdeñar ahora, en otro sitio se afirma que “... el hombre introduce el Derecho en el mundo natural, no al revés”. En esta ocasión, se apela al “artificio” en los sentidos orientados por “ingenio” o “habilidad”, según el caso. Las constituciones no son producidas por el mundo natural o la naturaleza, son una obra exclusivamente humana. La fortaleza o debilidad de las constituciones depende, en buena medida, de la “habilidad” que sus redactores que la crean, producen o generan posean para ordenar las relaciones individuales en la comunidad y las de ésta en la individualidad, y, luego del génesis: por todos sus realizadores. Por su parte, el ingenio como facultad creadora distingue también la peculiar naturaleza artificial de la constitución. (FERREYRA, 2015, p. 39 - 40).

Tal concepción es fundamental, en la obra de Ferreyra, cuanto a la idea de “Estado Constitucional” que agrega a la noción clásica de Estado, con sus ya conocidos elementos pueblo, territorio y poder, la Constitución. El Estado no se constituye sólo del “dato”, sino también del “inventado”, como condición que integra, sedimenta, perpetua y organiza esos elementos. El Estado constitucional, la casa ampliada de la comunidad política, surge de la configuración de elementos naturales y no naturales, y resulta en una composición política diversa de todo lo que había.

llamase “Estado constitucional” a todo ente que congrega en su composición dos elementos constituyentes naturales —territorio y población— y dos elementos constituyentes no naturales —poder y constitución—; uno de estos últimos es el “artificio fundamental”, la suma regla suprema del orden estatal, cuya estabilidad y perdurabilidad se intenta establecer con hegemonía suficiente (FERREYRA, 2015, p.1).

Los dos primeros elementos naturales serían las condiciones objetivas de realización de ese Estado. El poder, una fuerza condicionante, nace de la elección del pueblo de constituir en este territorio algo “distinto”, de alguna forma “particular”, de lo que otros pueblos constituyeron en otros territorios. Las palabras de Mendes da Rocha son bien ilustrativas de ese intuición creativo y reorganizador:

Porque desde sus orígenes, en el neolítico, las primeras piedras ordenadas ... ellos hablan, ante todo, sobre la decisión de quedarse aquí y organizar el lugar, y sólo después y, siempre después, sobre la construcción del particular, de la casa, sea lo que sea, de la distribución de la agricultura en el territorio y todo eso (ROCHA, 2006, p. 73).

Tales elementos, sin embargo, reclaman por un instrumento que materializa las condiciones e intenciones allí expresadas. Entonces nace la Constitución, el artificio fundamental, o aún esa decisión de quedarse aquí y organizar el lugar. es un invento

útil no sólo como fundación o estructura, sino como proyección de permanencia y futuro. son aquellas noticias sobre el futuro, aquellos deseos escondidos, palabras tomadas de Mendes da Rocha.

Las fronteras de pensamiento entre Mendes da Rocha y Ferreyra revela dimensiones de pensamiento no evidentes. Con ayuda del arquitecto se puede encontrar en el constitucionalista un modo de percepción espacial de las constituciones, que deben ser visualizadas como objetos tridimensionales, compuesta por elementos auto determinantes internamente y determinantes de su entorno. Hay ciertamente una reivindicación clara por el apuro de la técnica como elemento que permite la creación y sustentación de la duración de una constitución como instrumento capaz de ordenar a la comunidad.

Se recuerda, pues, que desde un enfoque interno las constituciones pueden ser comprendidas como un “sistema”: composición + estructura + entorno + mecanismo. Así, deliberadamente, en su “composición” se observan al menos cuatro partes: a) simples declaraciones; b) derechos y deberes fundamentales; c) el poder, su organización y control racional y d) reforma. Su “entorno” lo constituye el método deliberado de producción normativa y la regla de reconocimiento asumida. La “estructura” se configura con la colección de sus enunciados normativos y no normativos que la constituyen. En su funcionamiento, la constitución del Estado cotiza o cotizará lo que coticen o cotizaren sus garantías: “mecanismo” cabal, es decir, procesos previstos por el propio sistema para perseguir la instrumentación de su autodefensa, la concreta posibilidad de su realización integral (FERREYRA, 2015, p.2).

El sistema: composición, estructura, entorno y mecanismo es sobre todo la visualización de un artefacto cultural, de un mecanismo que encuentra sentido en un contexto, utilizado para el alcance de ciertos fines. Se resalta la importancia de exposición de tal modelo espacial como reivindicación ética. Es necesario clarificar el “sistema” constitución, para poder aprender cómo se

identifica, se construye o se reforma una constitución. Sentido en que el pensamiento de Ferreyra se comunica directamente con la percepción brutalista de la exposición constructiva, de la necesaria percepción del entorno, de la naturaleza instrumental del concebido.

Cuando se enfrenta a obras como el Gimnasio Paulistano, el MUBE o la Casa Gerber y depuramos su composición evidente, la claridad de estructura, el franco diálogo con el entorno y la orientación de sus programas y funciones, se podría afirmar la realización objetiva en la arquitectura de la idea constitucional en Ferreyra o su inverso. La obra arquitectónica de Mendes da Rocha, si bien poseedora de una coherencia visual a lo largo del tiempo y de los espacios en que construye, es radicalmente única como invención para aquel tiempo y lugar, sea para reverenciar este entorno, sea para transformar. Este concepto puede ser leído de manera equivalente en la visión sistemática de una constitución compuesta necesariamente pela coherencia o unidad visual entre forma y función, como se da en Ferreyra:

El hombre, desde que nace hasta que muere, ocupa sitios o espacios distintos en tiempos distintos. Su vida libre no resulta concebible sin tiempo ni espacio en que se desarrolle. Por eso, resulta casi absolutamente improbable que la vida del hombre, en la actualidad, pudiese ser disociada del "Estado": modelo de contención, agregación y asociación humana por excelencia. (FERREYRA, 2015, p. 14).

Esta composición arquitectónica, sinceramente brutalista, se evidencia cuando el constitucionalista, a la semejanza del arquitecto, expone su tipología de reglas constitucionales como materias estructurales. Y en ambos podemos inferir qué estructura, forma y programa se sintetizan en un solo movimiento inventivo. No se puede interpretar cada una de las reglas abajo sistematizadas por Ferreyra sino por su triple condición arriba defendida. De igual modo, una viga o pared en Mendes da Rocha es, simultáneamente, estructura, forma y programa al mismo tiempo.

Al mero efecto de su exposición y aplicación pedagógica, resulta posible agrupar estos principios o reglas que surgen constitucionalmente del siguiente modo: (i) Regla sobre la subordinación; (ii) Regla sobre la variación. Cambio formalizado. Reforma y enmienda; (iii) Regla sobre la distinción de funciones; distribución horizontal y vertical del poder; (iv) Regla sobre la acción. Derechos y deberes fundamentales. En su etapa de fundamentación estatal, cada uno de estos principios o reglas constitucionales se desenvuelve activamente, ya sea para configurar una raíz, o 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 (FERREYRA, 2015, p. 43).

Los cuatro tipos de reglas constitucionales defendidas por Ferreyra son la decantación de la forma constitucional, que, si bien proyectadas permitirán la consecución funcional, la realización del programa definido por el instrumento político. Así como en la arquitectura la actividad creativa encuentra límites en las leyes de la física o en la plasticidad de los materiales, la Constitución encuentra límites en la necesidad de respeto a una estructura tipológica de reglas que garantizan su permanencia, preponderancia y eficacia.

### **III. Intervención arquitectónica y constitución**

En otro sentido, y de forma notable, existe en la obra de Paulo Mendes da Rocha una importante obra de intervención. El autor es llamado a intervenir en espacios públicos o en construcciones de otras épocas, estilos y autores, dándoles una nueva configuración, lo que establece un diálogo proficuo entre intervención e invención.

Para tanto se seleccionaron cuatro muestras de su obra intervencionista con el objetivo de percibir lo que se podría nombrar de un *ethos/metodus* intervencionista. A partir del supuesto de que sería imposible intervenir sin inventar, la pregunta sería

cómo respetar, en el curso de ese proceso, la idea original, la conciencia histórica como patrimonio de la sociedad, la verdad o sinceridad constructiva, al proponer correcciones o innovaciones programáticas en un objeto otrora construido.

El hombre inventó la constitución positiva, escrita, codificada, porque descubrió que el Derecho natural no era suficiente marco ni soporte racional. E inventó el escalonamiento o gradación jerárquica de las normas para asegurar que la norma mayor no debe ser reformada con base en los procesos previstos para la creación cotidiana del Derecho, ni por las autoridades que ejercen el poder constituido (FERREYRA, 2012, p.87).

Se podría inferir de las intervenciones realizadas por Mendes da Rocha una especie de gradación jerárquica en cuanto a las voluntades original y reformadora o aún procesos de control y límite de esas modificaciones que importasen un diálogo provechoso con el pensamiento de Raúl Ferreyra.

De antemano se seleccionó una intervención al revés, o sea, sufrida por una obra de Paulo Mendes da Rocha, aquí anteriormente comentada: El Gimnasio del Club Paulistano. El edificio, con el paso de los años, sufrió intervenciones drásticas en su concepción, que parecen fruto de concepciones y necesidades opuestas a aquellas pensadas por el autor del proyecto original. La visualización de tales intervenciones o incluso de “deformaciones” son vitales para intuir lo que no sería aceptable como resultado de un proceso de esa naturaleza.

El gimnasio diseñado de forma abierta fue cerrado por una pared, formando un conjunto de salas en el cumplimiento circular del edificio. Nace una barrera, que separa el espacio público del privado, impidiendo no sólo el flujo de personas, así como la entrada natural de ventilación y luz. Las vigas de sustentación desaparecen, ahora teniendo aparentes apenas su parte superior, que se presentan como un adorno sin sentido. El techo, antiguamente concebido casi como la totalidad del propio edificio asume la concepción restringida de techo, pasando a ser sólo otro elemento de barrera e incomunicabilidad.

Probablemente cualquier persona razonable, habiendo conocido el proyecto original, rechazaría tales intervenciones. Este sentimiento es relevante como intuición sobre cómo debemos proceder ante los movimientos de intervención no sólo en arquitectura, sino en otros constructos culturales, como, por ejemplo, en cuanto a las constituciones. La víctima de la reforma citada, Mendes da Rocha, ofrece importantes directivas sobre cómo el proceso intervencionista o reformador puede ocurrir como proceso legítimo.

El primer proyecto de “intervención” de Mendes da Rocha que se pretende analizar es el de la Biblioteca Pública de Río de Janeiro, de 1984. No que sea propuesto al arquitecto un proyecto de intervención, se hace un concurso para la proyección de la edificación de un nuevo edificio en un espacio vacío del centro histórico de la ciudad. Sin embargo, la propuesta de “invención” se convierte en “intervención”, ya que Mendes da Rocha consideran que, en la intrincada malla de edificios históricos, así como ante la necesidad de permitir la circulación más libre de las personas por la región lo más adecuado sería soterrar el edificio.<sup>2</sup>

La planta es subterránea. En la superficie surge sólo un pórtico/marquise, que señala la presencia de la biblioteca y ofrece sombra a los transeúntes. La altura de este pórtico no supera los edificios preexistentes, a ejemplo de la Iglesia y de los sobrados. El autor asume una posición de respeto cultural como premisa.

Establecido el dilema: cómo respetar la producción cultural anterior y atender las necesidades actuales que se impone, en dado espacio físico, logra dibujar un modelo intervencionista / inventivo minimalista. No es tan audaz afirmar que hay en la

---

<sup>2</sup> “Con el fin de no afrontar las construcciones ya existentes, manteniendo la limpidez del paisaje, además de mejor controlar las exigencias técnicas - relacionadas a la climatización y conservación de los libros - se lanzó mano de conquistas entonces recientes de la ingeniería de suelos. El metro acababa de ser implantado, demostrando maneras eficaces de enfrentar la capa freática alta junto al mar. Así, en el subterráneo, la biblioteca sería silenciosa, fresca y protegida. “Memorial descriptivo del proyecto proporcionado por la oficina de Paulo Mendes da Rocha. (RIOS, p.27)

obra de Paulo Mendes da Rocha una actitud más intervencionista en cuanto al espacio natural que en cuanto al espacio cultural. Un indicativo importante de la relación establecida por el mismo en cuanto al binomio Cultura y Naturaleza.

A artificialidade de um bem cultural ou a própria artificialidade de uma constituição exigem do interventor uma postura cautelosa. Não causar dano a um projeto pretérito, a outro ser humano ou mesmo a própria higidez constitucional é render-se à dignidade do homem e do mundo cultural que o cerca como bens que exigem proteção.

Finalmente, la “cautela”, la cuarta orientación elegida de “artificio” constitucional. Sobre el Derecho Constitucional se expresa, en otro texto, que “... su principal deber es poner orden fundamental en la coexistencia humana, reglar la fuerza estatal e imponer que el Estado no cause ‘daño’ a las personas o que ellas lo causen entre sí...”. Si acaso fuese cierto que se trate de la primera lección de la constitucionalidad, su posibilidad de concreción enlaza, directa, proporcional y necesariamente con la “cautela” (precaución) que haya de observarse tanto en la instancia de producción como en su realización. Por lo tanto, la artificialidad de la constitución, en forma semejante a las anteriores, también queda demostrada (FERREYRA, 2015, p.40-41).

En el proyecto de la Biblioteca tenemos la cautela o precaución también como principio que orienta la propuesta de intervención. Hay un “daño” que necesita ser evitado, la conturbación del espacio en su dimensión cultural, pero también en relación al aspecto del flujo facilitado de las personas. También hay un programa necesario. La solución no es dejar de hacer o hacer a cualquier costo, pero componer una solución precautoria. Sólo se puede entender el sentido de esa cautela, si asume el valor de la cultura como dato originario.

En cuanto a la Plaza del Patriarca explica el propio autor:

En la Plaza del patriarca el proyecto es muy simple: la recuperación de la planta, que es una maravilla de diseño precioso en mosaico portugués, una hermosa cosa que se

perdió con la instalación de paradas de autobús. Se retiraron los autobuses y el carrusel indebido que hacían. De ahí dibujó una marquise que me imagino ser bonita, pero sólo se puede saber viendo lista. Es un contrapunto con la pequeña iglesia, elegante, oportuno, claro, si no lo haría (ROCHA, 2006, p.246).

La propuesta es la construcción de una nueva marquise para proteger la salida de la galería subterránea que ya existía en la Plaza del Patriarca, la antigua marquise se había perdido. El proyecto es encarado como respuesta a la necesidad de reconfigurar el espacio de la plaza, de recuperar el patrimonio cultural de la misma, de dialogar con el entorno, pero sobre todo de imponerse como nuevo lenguaje. Es un resultado polémico.

Reconocidas por el arquitecto tales necesidades, que en su análisis comprenden lo que la sociedad tendría como voluntad de realizar, se plantean los supuestos que encierran la validez de sus proposiciones.

El pórtico/marquise se impone por el tamaño, sea por su forma compositiva. De forma que a diferencia de otras obras del arquitecto no se presenta, soterrada o mimetizada. Hay evidentemente demostrado, en este proyecto de intervención, su dimensión de invención como respuesta a la necesidad captada por el autor de un nuevo marco para la organización y lectura de aquel espacio por la sociedad.

Aún de manera, ni un poco displicente, reposiciona las paradas de autobús y la posición de la Estatua del Patriarca. El autor quiere orientar el mejor camino de las personas por la ciudad, quiere facilitar la lectura cultural, evidenciando las obras artísticas como estatuas, iglesias y demás edificios, que además de piezas artísticas son las memorias culturales que compone la sociedad. En otro sentido, no se puede interpretar lo cierto exceso, sino como necesidad simbólica de reorganización del espacio histórico, cultural y vivencial de la sociedad afectada. Atención para las palabras de Mendes da Rocha:

Toda esta situación - del establecimiento de nuestros objetivos con relación a la producción y la reproducción

del conocimiento que pasa en el camino de la histórica en la expectativa en relación a lo siguiente: si esa actitud es pasiva, como quien preserva el monumento de aquella memoria, o lo que se puede tomar como memoria al revisar esos monumentos, se transforma en una política, en una hipótesis de futuro. (ARANTES, 1984, p.176)

Tal razonamiento encontraría equivalente en la sintética observación de Ferreyra: “En otras palabras, la constitución como tipo de norma estipula cómo debe ser (no necesariamente como es) la estructura jurídica fundamental del Estado” (FERREYRA, 2012 p.87). Justamente en el reconocimiento de ese “deber ser” que se fundamenta en el mayor respeto a ser tomado con la relación a la integralidad de tales normas, pues se podría inferir que el ser sería más inestable que el deber ser.

Mucha atención también merece la intervención realizada en el edificio sede de la FIESP (Federación de las Industrias del Estado de São Paulo). El edificio concebido por Rino Levi necesitaba de ajuste en su planta baja para componer mejor nuevas situaciones y necesidades. el arquitecto se ve ante un desafío simbólico: el edificio de Levi es modernista, marcadamente paulista, o sea dialoga mucho con la obra del propio Mendes da Rocha, lo que añade responsabilidad al temor de hacer de la intervención una reconstrucción antiética en el sentido histórico-cultural.

Cuando el proyecto fue concebido por Levi la calzada de la Avenida Paulista era considerablemente más ancha, de modo que su escalera de entrada era adecuada en relación con la posición establecida, además de tal escalera llevaba a una plaza dibujada por él nacida de la elevación del edificio en relación a su subsuelo. Esta plaza ya había dejado de existir y las calzadas disminuidas por la ampliación de la pista de automóviles cuando Mendes da Rocha fue llamado a intervenir.

La decisión de cortar la losa de entrada tiene el objetivo inicial de devolver la calzada a los peatones. Esta operación que desvela el subsuelo, da al mismo una nueva utilidad “pública”, ampliando el espacio de tránsito libre. La escalera,

ahora distribuida hacia arriba y hacia abajo, se constituye no sólo en forma de acceso, sino en elemento orientador de las funcionalidades del edificio, lo que optimiza el flujo de las personas. Así “Se identifica como actitud principal de actuación, en estas propuestas, la búsqueda por la esencia de la necesidad de intervención, cuestión central que hará que ese espacio se transforme.” (RIOS, 49).

Ferreira llamaría tal proceso de mantenimiento de las reglas del juego, un imperativo a todo movimiento de intervención en un sistema preexistente, cuya funcionalidad programática no puede ser ignorada. Sea el arquitecto interventor, el legislador posterior o incluso el juez están vinculados a la necesidad perduración de la intención original.

Por ello, aunque el mantenimiento de las reglas de juego del sistema constitucional es una función de capital importancia para su perduración, por la vía de la interpretación, ello no conlleva la idea de eternidad. Y, en rigor de verdad, cuando se deja de atribuir significados, las posibilidades que quedan no son muchas, especialmente cuando se considera que “crear” Derecho forma parte de la competencia judicial (FERREYRA, 2015, p.62).

Mendes da Rocha identifica as regras do jogo original. Reconoce su papel intervencionista y su imposibilidad de crear. Entonces asume una función jurisdiccional: devolver al programa el sentido de las reglas del juego que conformaron su creación. Ferreira, al respecto, puntualiza cómo garantizar estabilidad y permanencia del texto constitucional es fundamental para garantizar su poder regulador preponderante, raciocinio fácilmente aplicable a las intervenciones arquitectónicas de Mendes da Rocha:

“En principio, la pretensión de estabilidad y permanencia de las disposiciones constitucionales parecieran no estimular el cambio. La rigidez constitucional es una defensa que se provee la Constitución provocando la intangibilidad del texto. La dificultad de la reforma constitucional es una garantía para la permanencia constitucional. Esta

pretensión de la Constitución implica, en principio, que es la ley mayor la que aspira que los cambios se adapten, se acomoden, al texto constitucional, y no inversamente. (FERREYRA, 2008, p.791)

Punto importante por destacar fue la decisión de Mendes da Rocha de realizar sus construcciones en la planta baja de la FIESP en una estructura metálica blanca, en vez de optar por la continuidad visual del concreto desnudo ya utilizado originalmente. La estructura, de forma “parasitaria”, se acopla al edificio original, promoviendo una eterna memoria de la intervención, facilitando incluso su reversión futura. Una característica bastante relevante para la comprensión del modelo interventivo propuesto por el arquitecto, cuando abre a la consideración de la sociedad la legitimidad de su intervención.

Hay, obviamente, una actitud de comprensión y respeto hacia la propuesta original del edificio, que fue concebido para contemplar una funcionalidad pública, abierta a la ciudad. La intervención de Paulo Mendes da Rocha se da justamente en el sentido de devolver tal funcionalidad original, perdida por las nuevas condiciones contextuales al edificio. El comentario hecho por el propio arquitecto es certero:

En conversación en su oficina, el arquitecto confesó que, al desarrollar proyectos de intervención, se siente como alguien responsable de llevar a una vieja señora a un baile contemporáneo:” Ella no dejará de ser aquella vieja señora por ir al baile, pero deberá se presenta de modo acorde con la nueva situación. (RIOS, 2013, p.49)

Ya en el proyecto de intervención para Pinacoteca de São Paulo la propuesta es distinta de lo antes analizado. No se trata de actuación en un espacio relativamente vacío, como en los casos de la Biblioteca de Río de Janeiro y de la Plaza del Patriarca, ni de una intervención en un proyecto modernista que dialoga sinceramente con sus propias ideas. En la Pinacoteca, se encuentra ante un edificio neoclásico, inacabado, que representa una concepción arquitectónica que el propio modernismo pretendió superar:

El acceso principal del Liceo se daba por la Avenida Tiradentes, importante eje de conexión norte y sur de la ciudad de São Paulo, ampliado en los años 1970. En el lateral había un acceso secundario a la Estación de la Luz, obra que posteriormente también recibiría intervención de Paulo Mendes. Las demás fachadas se vuelven hacia el Parque de la Luz. Importante decisión del proyecto fue eliminar la entrada principal del edificio y su monumental escalera, oprimida por una estrecha calzada y por el flujo constante de automóviles a alta velocidad frente a él. El acceso principal del museo pasa a ocurrir en la antigua entrada lateral de la Estación de la Luz, invirtiendo así los ejes proyectados por Ramos de Azevedo. Entonces surge una nueva posibilidad de experimentación del edificio bajo un nuevo camino, como crítica a la monumentalidad original de la época. Esta actitud destaca el eje neoclásico por la contraposición, sólo posible a partir de la adición de nuevos elementos.” (RIOS, 2013 p. 35)

La intervención realizada critica la pretensión del proyecto original, transforma la entrada principal, monumental, en balcón, retirando la escalera. La nueva entrada, más simple, antes un accesorio, se asume como principal, mostrando que lo vital es privilegiar la mejor funcionalidad en detrimento del partido estético. El patio interior gana un techo transparente, que lo protege de la lluvia, pero también lo ilumina, así se resuelve el problema de la humedad del edificio, así como se gana una nueva área de exposición.

El flujo de personas, antes dificultado por la forma rectangular de sus corredores alrededor del patio interior, es facilitado por la introducción de las pasarelas de metal, que están dispuestas en el nuevo sentido de entrada del edificio. De esta forma se dibuja otra espacialidad, que facilita el flujo y la visualización de los diferentes pisos. “No es ni más allá, ni menor, es una arquitectura que, antes de la construcción del edificio como un hecho aislado, se preocupa por la organización del territorio.” (ROCHA, 2006, p.75)

Es importante destacar el lenguaje intervencionista de Paulo Mendes da Rocha claramente aplicado en este proyecto. Todos los elementos que proyecta son ejecutados en materiales que se destacan del edificio original, aunque dialoguen perfectamente incluso con los ladrillos originalmente descubiertos. El techo, las pasarelas, la nueva entrada, la escalera metálica del último piso, el balcón vestíbulo en la antigua entrada, si bien ahora nos parecen absolutamente esenciales, son elementos distintos y reversibles. Son lecturas contemporáneas de las necesidades de aquel edificio, que pueden no legitimarse en el futuro, exigiéndole nuevas intervenciones o incluso la reversión. Estos principios se aplican perfectamente tanto al proyecto de la FIESP como a la Pinacoteca. En cuanto al tema, la observación de Rios:

O princípio da reversibilidade ou “retrabajabilidad” está fundamentado na ideia de que cada momento histórico terá uma reação diante do legado preexistente e, portanto, de uma forma de intervir. As intervenções de um tempo devem estar evidentes e podem ser removidas no futuro para dar lugar a uma nova intervenção com características distintas. Esta reversão nunca é completa e cada ação sobre um bem deixará suas marcas; por esta razão adota-se o termo “retrabajabilidad”, mais adequado (RIOS, 2013, p.51).

El principio de la “retrabajabilidad” se constituye en otra frontera con el pensamiento constitucionalista notablemente según defendido por Ferreyra, al suponer que aun no siendo la constitución un objeto perenne y sí modificable. Esta modificación está sujeta a un juicio, el cual corresponde legítimamente al ente colectivo que lo creó, o al ente colectivo a quien interesa esa constitución. La idea de la reversibilidad o “retrabajabilidad” se da justamente como ejercicio de “cláusula democrática”, es decir, una apertura al juicio democrático como elemento legitimador de las transformaciones realizadas a lo largo del tiempo.

La disposición normativa que regula la reforma constitucional tiene una peculiaridad: garantiza la continuidad

de la regla democrática. Ciertamente, la reforma constitucional pone de manifiesto la tensión entre permanencia y cambio, pero es ella, precisamente, la llave que debería producir el desarrollo, el cultivo de la democracia (FERREYRA, 2008, p.789).

Las intervenciones promovidas en la Pinacoteca o en otros proyectos de la misma naturaleza pueden tener sentido actualmente, pero tal vez no hagan más en el futuro próximo. Si estas intervenciones no respetaran los límites de la distinción y de la reversibilidad se retiraría de la sociedad la posibilidad de acceder nuevamente a la obra original. Lo vital es comprender que esa apertura democrática sólo es posible, en el caso, por la aplicación de los criterios de la propia estética brutalista, que, trabajando los elementos en su estado bruto y apariencia de las estructuras y fundaciones, como si fuera un juego democrático, permite la comprensión composición-estructura-entorno-mecanismo de cada edificio, original y reformado, por parte de la sociedad.

Sin embargo, el hecho, pues, de que la Constitución no es eterna y se pueda modificar, parcial o totalmente, no quiere decir que carezca de límites. Que el ejercicio del poder de reforma pueda desposeerse de la propia observancia de la regla democrática. Por lo tanto, el proceso de definición de una reforma puede dar lugar a inconstitucionalidad, por quebrantamiento de la unidad del sistema previsto por la ley mayor, al caer en inobservancia las reglas que estipulan qué órganos se hallan facultados y/o qué actos deben cumplirse para que la modificación sea válida constitucionalmente (FERREYRA, 2008, p.785).

La clave para la higiene constitucional estaría en garantizar su perenne legitimidad democrática a través de procesos que permitieran tal verificación. Los sufragios y consultas populares, por ejemplo, funcionarían como instrumentos de clarificación expositiva de la constitución como proyecto arquitectónico que debe ser respetado, pero puede sufrir correcciones a lo largo

del tiempo. Lo que las intervenciones constitucionales, ya sean casuales o generales, no pueden olvidar es garantizar que en tal proceso la voluntad original que fundamenta la Constitución se pierda.

#### IV. Últimas consideraciones por un constitucionalismo brutalista

Este ensayo no agota las fronteras existentes entre los dos pensadores, se trata de las líneas iniciales de lo que puede ser comprendido y proyectado en derecho constitucional, teniendo como metodología un diálogo sistemático con la arquitectura. El Brutalismo, esa arquitectura que no desea ser funcional, pero oportuna (ROCHA, 2006, p.104) encuentra en el derecho que “debe reunir y comprender la viabilidad de su propia iniciativa” (FERREYRA, 2015, p.4 - 5) un importante punto de intersección y reflexión.

Tal intersección apunta pautas, que serán dejadas en este momento como indicación para un posible desarrollo teórico de un constitucionalismo brutalista:

- a) La idea de la verdad estructural o la sinceridad estructural como principio ético legitimante.
- b) La relación entre cultura y naturaleza.
- c) El minimalismo intervencionista.
- d) La idea de reversibilidad o retrabajabilidad como apertura de validación democrática

#### Referencias

SANTOS, Cecília Rodrigues dos (2013). *Paulo Mendes da Rocha: os lugares como páginas da dissertação de uma existência*. Arquitectos n° 038. Texto Especial191. São Paulo, Portal Vitruvius, julho, p.01-04. In: <[www.vitruvius.com.br/ arquitectos/arc000/esp191.asp](http://www.vitruvius.com.br/arquitectos/arc000/esp191.asp)>pg02.

SEGRE, Roberto (2006). *Um modernista nostálgico*. Projeto Design. São Paulo: Arco, junho, p.66-71, p.74.

- ROCHA, Paulo Mendes (2006). *Paulo Mendes em Porto Alegre*. In: Arqutexto. Porto Alegre: Departamento de Arquitetura/PRO-PAR, v. 09, julho p.04- 13, p.06.
- WISNIK, Guilherme (2002). *Nova cobertura da Praça Patriarca em São Paulo*. In: ([www.vitruvius.com.br/minhacidade/mc060/mc060.asp](http://www.vitruvius.com.br/minhacidade/mc060/mc060.asp)>)
- FERREYRA, Raúl Gustavo (2012). *Sobre la Constitución. Concepto, composición y mecanismos*, en Contextos, n° 4, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2012.
- FERREYRA, Raúl Gustavo (2008). *Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la argentina* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 14° año, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo.
- FERREYRA, Raúl Gustavo (2015). *Manifiesto sobre el Estado constitucional: Reglas fundamentales sobre raigambre y justificación de la mancomunidad estatal*. In: <http://bibliots.trabajosocial.unlp.edu.ar/meran/getDocument.pl?id=1275>
- RIOS, Maira Francisco (2013). *Intervenção na preexistência: o projeto de Paulo Mendes da Rocha para transformação do Educandário Santa Teresa*. Museu de Arte Contemporânea, São Paulo.
- SOUTO, Ana Elisa Moraes (2010). *Projeto arquitetônico e a relação com o lugar nas obras de Paulo Mendes da Rocha 1958-2000*. Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal do Rio Grande Do Sul. In: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/26718>
- OTONDO, Catherine (2013). *Desenho e espaço construído: relações entre pensar e fazer na obra de Paulo Mendes da Rocha*. Universidade de São Paulo. In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16133/tde-14082013-154408/>
- ARANTES, A. A (1984). *Produzindo o passado: estratégias de construção do patrimônio cultural*. São Paulo: Brasilense.

---

# El reconocimiento constitucional de la objeción de conciencia<sup>1</sup>

The constitutional recognition of conscientious objection

O reconhecimento constitucional da objeção de consciência

La reconnaissance constitutionnelle de l'objection de conscience

*Mariano Manuel Bär*<sup>2</sup> | Universidad Católica de Santa Fe

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 280-306

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e254>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6262-5159>

Recibido: 10/02/2019

Aprobado: 10/03/2019

---

**Resumen:** La objeción de conciencia es considerada un derecho humano y es uno de los grandes temas jurídicos del Estado democrático del siglo XXI. Su importancia está dada en razón de que en las últimas décadas ha habido una extensión significativa de este instituto jurídico, abarcando ámbitos donde tradicionalmente no se había manifestado. Si bien no se encuentra expresamente regulada en el ordenamiento constitucional argentino y no se ha desarrollado una doctrina autónoma, su reconocimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

---

<sup>1</sup> Este trabajo se realizó en el marco de la asignatura “Derecho Constitucional y Derechos Humanos” de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Nacional de Rosario (Santa Fe, Argentina).

<sup>2</sup> Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe; Director del Área de Acciones de Clase de la Fundación Derecho Social (FDS); Miembro del Instituto de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de Santa Fe (1era Circunscripción); Miembro Adherente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (AADC). [bar.mariano@gmail.com](mailto:bar.mariano@gmail.com)

como derivado de otros derechos fundamentales permite delinear caracteres generales para la profundización de su estudio.

**Palabras clave:** objeción de conciencia; libertad de conciencia; libertad de religión; libertad de pensamiento.

**Abstract:** Conscientious objection is considered a human right and is one of the great legal issues of the democratic State of the 21st century. Its importance is given because in the last decades there has been a significant extension of this legal institute, covering areas where it had not traditionally been manifested. Although it is not expressly regulated in the Argentine constitutional order and an autonomous doctrine has not been developed, its recognition by the Supreme Court of Justice of the Nation as a derivative of other fundamental rights allows delineating general characteristics for the deepening of its study.

**Key words:** conscientious objection; freedom of conscience; freedom of religion; freedom of thought.

**Resumo:** A objeção de consciência é considerada um direito humano e é uma das grandes questões jurídicas do Estado democrático do século XXI. Sua importância é dada em razão de que nas últimas décadas, tem havido uma extensão significativa desse instituto jurídico, abarcando áreas onde tradicionalmente não se havia manifestado. Embora não se encontra expressamente regulada na ordem constitucional argentino e não foi desenvolvida uma doutrina autônoma, seu reconhecimento pela Corte Suprema de Justiça da Nação como derivado de outros direitos fundamentais permite delinear características gerais para o aprofundamento de seu estudo.

**Palavras-chave:** objeção de consciência; liberdade de consciência; liberdade de religião; liberdade de pensamento.

**Résumé:** L'objection de conscience est considérée comme un Droit Humain, et elle est aussi l'une des grandes questions juridiques de l'État démocratique du XXIe siècle. Sa relevance est donnée par sa significative extension dans les dernières décennies, dans lesquelles elle a couvert des zones où traditionnellement elle ne s'était pas manifestée. Bien qu'elle ne soit pas expressément réglementée par l'ordre constitutionnel argentin, et qu'aucune doctrine autonome n'ait été élaborée en la matière, sa reconnaissance par la Cour Suprême de Justice de la Nation

en tant que dérivé d'autres droits fondamentaux, permet de définir des caractéristiques générales pour approfondir son étude.

**Mot-clés:** Objection de Conscience; liberté de conscience; Liberté de religion; Liberté d'opinion

---

## I. Introducción

La objeción de conciencia es uno de los grandes temas jurídicos del Siglo XXI. Como lo sostiene Marcelo Alegre (2009) “si durante siglos la objeción de conciencia estuvo centrada en quienes, por razones religiosas o éticas, se negaban a sumarse a las filas militares (...) lo que se observa en las últimas décadas es una extensión significativa del uso de este concepto” (p. 1).

Hoy en día, nadie en el mundo jurídico niega el carácter de derecho fundamental de la objeción de conciencia. Sin embargo, su reconocimiento no ha sido autónomo, expreso y con carácter general —si esto fuera posible—, sino que ha sido tratado como un derecho contenido dentro de la libertad de pensamiento, de conciencia, de culto, en un juego interpretativo armónico y complementario con la autonomía personal. La excepción está dada en ámbitos específicos de aplicación como la prestación del servicio militar, donde los instrumentos internacionales y las legislaciones internas de los Estados —al menos muchas de ellas— expresamente se refieren a la objeción de conciencia como causal de justificación del incumplimiento del deber legalmente impuesto. En nuestro medio, además, algunas aristas de la objeción de conciencia se encuentran legisladas en el ámbito sanitario, como la de los profesionales sanitarios a través de la Ley N° 26.130, que establece el Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica; o en cuanto a la posibilidad de rechazo de tratamientos médicos en la Ley N° 26.529, denominada de derechos del paciente.

Las libertades de pensamiento, conciencia y religiosa, han sido reconocidas en la Declaración Universal de los Derechos

Humanos y, con términos semejantes, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Instrumentos internacionales que, por lo demás, en nuestro medio jurídico gozan de jerarquía constitucional y forman parte del denominado bloque de constitucionalidad federal, en virtud del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

En orden al derecho interno, la Constitución Nacional reconoce la libertad de cultos en su artículo 14, siendo este, en la actualidad, más amplio que la libertad religiosa. Sobre este punto, Hernán Gullco (2016) afirma que desde el caso “Portillo” —que va a ser analizado oportunamente— la Corte Suprema de Justicia de la Nación “resolvió que el concepto de libertad ‘religiosa’ también abarcaba a las conductas derivadas de motivos éticos, morales o filosóficos” (p. 70), expandiendo fuertemente su ámbito de tutela constitucional.

Por su parte, son pocas las sentencias donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en torno a la objeción de conciencia —como el mencionado caso “Portillo”—. La mayoría de las veces en las que se han presentado casos susceptibles de ser resueltos a través de la apelación al instituto de la objeción de conciencia, el tribunal ha optado por resolverlos a través de la referencia otros derechos.

En este sentido, al realizar un análisis crítico del encuadre jurídico que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le diera al caso “Barrios”, Carlos Santiago Nino (1983) advirtió el desconocimiento del tribunal en torno a

La grave cuestión de filosofía política que está latente en esta clase de casos, concentrándose, en cambio, en cuestiones importantes pero menos controvertibles, como es la del ejercicio del derecho de aprender; de este modo los tribunales, como lo señaló Francisco M. Bosch, habían desperdiciado la oportunidad de sentar pautas orientadoras en materias que reciben el embate de concepciones contrapuestas de moralidad social (Citado en Gullco, 2016, p. 96).

Como consecuencia de ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia específica de la objeción de conciencia es escasa. Esto no nos permite sostener que exista, al menos en nuestro país, una doctrina de la objeción de conciencia que precise sus alcances y límites, ni que determine estándares de interpretación generales. Mucho menos nos permite extraer estándares que la aborden como un derecho autónomo, distinto de la libertad de pensamiento, de conciencia, de culto y de la autonomía personal, si esto fuera posible.

Más allá de lo dicho, y por lo pronto, creo que la escasez de jurisprudencia no impide que puedan esbozarse algunos primeros lineamientos que sirvan de base para la construcción de una doctrina autónoma de la objeción de conciencia como derecho fundamental, y ese es el objetivo del presente trabajo.

## **II. Un marco teórico para el análisis: la teoría de la justicia de Rawls**

Para fundamentar y justificar el derecho a la objeción de conciencia, desde la perspectiva de la filosofía jurídica pueden tomarse distintos autores de frontera, entendiendo por tales a aquellos que han estudiado la figura en el desarrollo de sus tesis fundamentales y a los que los demás autores acuden recurrentemente para desarrollar sus propias teorías. Como afirma Sarlo (2006) el criterio de saturación nos va a indicar que es el momento de suspender la revisión bibliográfica y comenzar el estudio de la misma cuando los conceptos, clasificaciones y conceptualizaciones empiezan a arrojar los mismos resultados.

En este sentido, quizás sean Rawls, Dworkin y Habermas a quienes con mayor frecuencia se recurre. En nuestro caso, entendiendo que su teoría es la más clara con relación al tema abordado, tomaremos el desarrollo que ha hecho John Rawls en su “Teoría de la Justicia”.

Este autor define a la objeción de conciencia como un acto que

Consiste en no consentir un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa. Es objeción ya

que es una orden que se nos dirige a nosotros, y dada la naturaleza de la situación, su aceptación por nuestra parte es conocida por las autoridades. (Rawls, 2012, p. 335).

Sus motivaciones pueden no necesariamente ser políticas, lo que distingue a la objeción de conciencia de la desobediencia civil, ni van a implicar una apelación a principios de justicia de la mayoría, sino que “puede fundarse en principios religiosos o de otra clase, en desacuerdo con el orden constitucional” (Rawls, 2012, p. 336).

Ahora bien, para comprender la teoría rawlsiana, primero hay que dejar en claro que en su “Teoría de la Justicia”, el filósofo estadounidense analiza el problema de la desobediencia civil que se desarrolla en un tipo específico de sociedad. Lo advierte al señalar que “el problema de la desobediencia civil, tal y como lo interpretaré, solo se produce en un Estado democrático más o menos justo para aquellos ciudadanos que reconocen y aceptan la legitimidad de la Constitución” (Rawls, 20012, p. 331).

Así, en este tipo de sociedad el problema de la desobediencia civil se va a presentar en el campo del deber. Es decir, en los conflictos que se originan cuando la obligación de cumplir la ley va a enfrentarse a un deber de oposición a la injusticia.

El problema que el desobediente va a enfrentar, al igual que en otros autores, como Dworkin, es de carácter moral, ya que como miembro de una sociedad está obligado a cumplir con las leyes, pero también en la obligación moral de evitar la injusticia.

En punto a distinguir a la desobediencia civil y la objeción de conciencia, como ya fue dicho, la obra de Rawls resulta un poco más clarificadora que el resto y, en efecto, muchas de las demás teorías que abordan la problemática de la desobediencia civil y la objeción de conciencia son simples pretensiones de corrección sobre ella.

En este sentido, tanto la desobediencia civil como la objeción de conciencia son modalidades de desobediencia al derecho. Sin embargo, ambas se diferencian de otras desobediencias que tienen su origen en motivos morales y políticos.

Rawls en su desarrollo distingue tres tipos de desobediencias: la desobediencia revolucionaria, la desobediencia civil, y la objeción de conciencia.

La desobediencia revolucionaria va a pretender cambiar completamente el gobierno o la carta política de una sociedad, en tanto que la desobediencia civil va a tratar de frustrar una normatividad jurídica o una decisión gubernativa. Por su parte, la objeción de conciencia será una violación del derecho en virtud de que al agente le está moralmente prohibido obedecerlo, ya sea en razón de su carácter general o porque se extiende a ciertos casos que no debieran ser cubiertos por él (Rawls, 2012).

En cuanto a los caracteres distintivos de cada una, la desobediencia civil supone un acto público, no violento, contrario a la ley, que tiene la esperanza de un cambio que se propone en esa ley o ese programa político. En cambio, la objeción de conciencia es un acto privado, consciente, que rehúsa cumplir un precepto legal, que no abriga esperanza alguna de cambio y que se apoya en principios morales, políticos, religiosos o filosóficos de acuerdo al orden constitucional. Es un acto privado hecho para proteger al agente de interferencias por parte de la autoridad pública.

Ahora bien, el concepto de desobediencia de Rawls es restrictivo no sólo porque su análisis se produce en una sociedad democrática más o menos justa, sino también porque exige que el desobediente acepte o comparta los principios de justicia de su comunidad que, circunstancialmente, se ven vulnerados por la mayoría. En este sentido, la desobediencia civil no apela a principios de moralidad personal o doctrinas religiosas, sino que invoca la concepción de justicia comúnmente compartida, que subyace bajo el orden político, es decir, que es un acto dirigido y justificado por principios políticos.

Por su parte, la objeción de conciencia se presenta cuando una persona, en el ejercicio de un derecho, se niega a cumplir pacíficamente un precepto jurídico cuya observancia le prohíbe su íntimo convencimiento. Quien se erige como objeto, a

diferencia del desobediente, no va a apelar necesariamente a las reglas de justicia de su comunidad (principios políticos), sino que puede rehusarse a la realización de un deber jurídico porque sencillamente es contrario a su conciencia. Pero también

Puede basarse, sin embargo, en principios políticos. Podemos negarnos a consentir una ley suponiendo que es tan injusta que el obedecerla está fuera de toda duda. Este sería el caso, si la ley ordenase que fuésemos el agente que somete a un destino similar. Éstas serían patentes violaciones de los principios políticos reconocidos (Rawls, 2012, pp. 336-337).

Con buen criterio señala Marina Gascón Abellán (1990) que, en Rawls, no se adivinan tanto las conductas diferentes entre el desobediente y el objetor, sino más bien motivaciones y, acaso, diferentes modos de exteriorización. Agregando que, tal vez, un segundo elemento distintivo radique en el carácter de la norma incumplida que, en el caso del desobediente, podrá ser cualquiera y que, en el caso del objetor, debe ser aquella que le provoca el rechazo moral.

En cuanto a la justificación de la objeción de conciencia, Rawls no la aborda de manera particular, sino que se limita a desarrollar la justificación de la desobediencia civil. Sin embargo, en tanto la objeción de conciencia se define y justifica en contraste de la desobediencia civil, necesariamente debemos realizar, en este punto, un estudio conjunto de ambas.

La “Teoría de la Justicia” justifica a la desobediencia civil en tanto reúna una serie de requisitos, y ellos son: a) que la insumisión al derecho descansa en alguno de los principios de justicia de un Estado democrático y, concretamente, en el principio de igualdad de oportunidades o el de libertad igual; b) que la desobediencia se formule como último recurso, agotando previamente las vías jurídicas o institucionales para reparar la injusticia o modificar el criterio de gobierno; c) se debe evitar que las concretas circunstancias de la insumisión provoquen graves desórdenes que podrían destruir la eficacia

de la Constitución; y d) los desobedientes deberán cuidar que su acción esté planificada de manera que sea correctamente interpretada por la comunidad.

Pareciera que, por el desarrollo de la objeción de conciencia que hemos realizado en los párrafos anteriores, ninguno de los requisitos enunciados la alcanzan en cuanto a su justificación.

Puntualmente, cuando Rawls habla de la justificación de la objeción de conciencia, lo hace exclusivamente en relación al supuesto del servicio militar y de una objeción basada en principios políticos. Por eso, sostiene Gascón Abellán (1990), y coincidimos, que ello

Lógicamente le conduce a reflexionar, más que sobre la justificación general de esta forma de insumisión, sobre las condiciones que en un Estado justo debe reunir el reclutamiento, la iniciativa y la conducción de la guerra (...) lo que aquí interesa es que, tras justificar algunos casos de objeción a la luz de principios políticos, manifiesta su rechazo a cualquier otra objeción que invoque principios distintos. (...) Si he entendido bien, ello significa que Rawls admite la hipótesis de una objeción de conciencia ética o religiosa ajena a los valores que presiden el sistema constitucional, pero que, en el fondo, sólo considera justificada aquella que pueda invocar en su favor los principios políticos de justicia. (pp. 207-208).

Este será, en términos generales, mi enfoque teórico al momento de realizar el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de objeción de conciencia y, desde luego, desde donde se tratará de arribar a las conclusiones del presente trabajo.

### **III. Reconocimiento constitucional y convencional de la objeción de conciencia**

Como fue dicho, la objeción de conciencia no encuentra un reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional. Tampoco encuentra reconocimiento expreso, salvo en los supuestos de servicio militar, en los instrumentos internacionales de

derechos humanos que, junto con la Constitución Nacional, forman el bloque de constitucionalidad federal, ostentando supremacía en el ordenamiento jurídico argentino.

En efecto, como fue adelantado en la introducción a este trabajo, su reconocimiento ha sido un producto derivado del desarrollo de otros derechos: la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia, la libertad de culto y la libertad de autonomía personal en su esfera de protección de la intervención estatal, que es, la protección de la autonomía de la persona. Por lo tanto, el reconocimiento deriva, en nuestro medio, de los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional.

Puntualmente, fue en el fallo “Portillo” (CSJN, 1989, Fallos 312:496) donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación por primera vez reconoció el carácter constitucional de la objeción de conciencia —como derivada de la libertad de cultos, pero también de la autonomía personal, estableciendo un ámbito protegido para la conciencia del ciudadano—, advirtiendo que la tensión entre el derecho de rehusarse a prestar el servicio militar obligatorio por razones de conciencia y la obligación de armarse en defensa de la Patria y de la Constitución, reconocen su fuente en disposiciones constitucionales que no resultan incompatibles y cuya reglamentación debe ser razonable.

Dicho que el reconocimiento de la objeción de conciencia proviene, hasta el momento, del reconocimiento de la libertad de pensamiento, de conciencia, de culto y de la autonomía personal, creo necesario distinguir el contenido de cada uno de estos derechos.

Previo a ello, importa delimitar y referenciar las conductas de las personas según éstas sean privadas o públicas. A mí entender, respecto de las consecuencias jurídicas que de las conductas emanan, es posible distinguir en las personas entre acciones privadas internas, acciones privadas externas y acciones públicas.

Las acciones privadas internas son aquellas que son incognoscibles para terceros, íntimas o inmanentes a la persona que

las realiza, y que comienzan y concluyen en ella. Dentro de estas acciones podemos encontrar conductas inmateriales, como el pensamiento, o acciones que se materializan y exteriorizan al mundo, pero que continúan siendo inasibles para los demás.

Las acciones privadas externas, en cambio, son aquellas que aún materializadas y exteriorizadas al mundo, y conocidas por terceros, no interesan al orden público, ni afectan el bien común, ni perjudican a terceros.

La tutela del artículo 19 de la Constitución Nacional, en tanto se refiere a que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, es comprensiva tanto de las acciones privadas internas como externas. A su vez, no puede el Estado imponer la obligación de realizar alguna de estas conductas.

Por su parte, las acciones públicas son también externas. Trascienden a su ejecutor y se caracterizan por preocupar al orden público y al bien común. Dentro de estas conductas, según puedan comprometer al orden público y al bien común, serán prohibidas o permitidas por el Estado. Además, en este caso, incluso puede el Estado obligar a realizar determinadas conductas.

Realizada la distinción de conductas posibles, y retomando la delimitación conceptual de la libertad de pensamiento, de conciencia y de culto, destaco junto con Arletazz (2012), que existen dos posiciones teóricas relevantes al respecto,

Para una corriente más tradicional, la libertad de conciencia sería una faceta de las libertades religiosas, que incluirían a aquélla junto con la libertad de culto. La libertad de conciencia (también llamada libertad de creencias) sería el derecho de la persona a formarse sus ideas respecto de un orden trascendente y sobrenatural en general; en tanto que la libertad de culto incluiría el derecho a manifestar exteriormente esas ideas mediante los ritos y las conductas exigidas por las propias convicciones. La

libertad de pensamiento, en cambio, comprendería la posibilidad de formarse ideas y creencias respecto de los diversos aspectos de la vida, no necesariamente limitado al ámbito de lo trascendente-religioso, como en el caso anterior. La libertad de conciencia sería un derivado del derecho a la intimidad, una cuestión de volición interna, en tanto que la libertad de culto implicaría el aspecto externo de ese derecho (la manifestación pública del culto que se ha elegido).

Desde una visión más amplia (y contemporánea) la libertad de conciencia implica una modalidad de autodeterminación en toda creencia, tomando el concepto de creencia en un sentido valorativo. La libertad de pensamiento es entonces entendida como la libertad propiamente ideológica (libertad de visión del mundo y del ser humano en relación a él). La libertad de pensamiento está vinculada con las ideas; la libertad de conciencia, con la posibilidad de darse patrones valorativos para dirigir la propia vida. Para algunos, la libertad de pensamiento es el género que involucra la libertad de conciencia; para otros, la relación es inversa. En cualquier caso, cuando las creencias referidas por la libertad de conciencia sean creencias religiosas, estaremos en el ámbito de la libertad religiosa (pp. 347-348).

La segunda visión, más amplia y contemporánea, es la que considero atinada en tanto permite la tutela diferencial de cada una de las libertades examinadas de manera autónoma.

Ahora bien, profundizando un poco más el contenido de cada una de ellas, la libertad de pensamiento se refiere a una conducta privada interna de la persona. Desde la visión más tradicional, el pensamiento es la acción y el efecto de pensar, y pensar es discurrir, reflexionar, por lo que mientras no se manifieste, no es posible que se conozca y, por lo tanto, es ajeno a toda consideración jurídica. Por lo tanto lo que el derecho protege no es el pensamiento en sí mismo sino su exteriorización (Rosatti, 2017). Así también es entendido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 13.1 reconoce que “ Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de

expresión”, y cuyos alcances fueron establecidos a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con su Opinión Consultiva OC-5/85, sobre colegiación obligatoria de periodistas, solicitada por el Gobierno de Costa Rica. En definitiva, el pensamiento constituiría una conducta privada interna y la tutela correspondería únicamente cuando el pensamiento trasciende al individuo a través de su expresión. Lo propio ocurre con el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos donde “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento” y, en los mismos términos y con el mismo texto, el artículo 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La otra posibilidad, que comparto, es entender que la libertad o derecho de pensamiento, en palabras de Néstor Pedro Sagüés (2007), “importa, en verdad, una clase o especificación del derecho de intimidad” (p. 692). Y, en este caso, la tutela puede estar referida al pensamiento mismo mediante la prohibición de interferencia estatal, quedando imposibilitado el Estado de llevar adelante coercitivamente acciones tendientes al adoctrinamiento compulsivo, o la imposibilidad estatal de realizar un escrutinio sobre la validez o bondad del mismo. Entiendo que es esta la posición correcta y que, además, es la posición adoptada por nuestra Corte Suprema que en reiteradas oportunidades ha manifestado la improcedencia de que el Estado realice una valoración sobre el pensamiento o creencias de una persona.

Más allá de estas observaciones, si bien la libertad de pensamiento no tiene tutela de manera expresa en el texto constitucional, la Corte Suprema de Justicia la ha reconocido, aunque sin desarrollarla, en “Ponzetti de Balbín” (CSJN, 1984, Fallos 306:1892) al sostener que la libertad de prensa es una manifestación política de la libertad de pensamiento.

Por su parte, la libertad de conciencia, que tampoco encuentra reconocimiento constitucional expreso, supone la libertad “de creer en lo que se desee, sea en materia política, social, filosófica o religiosa. Involucra también, entonces, la libertad de creencias. La libertad de conciencia, en resumen, es una

variante de la libertad de pensamiento” (Sagüés, 2007, p. 723). Su distinción con la libertad de culto ha sido dada por la Corte Suprema de Justicia en el ya mencionado caso “Portillo” (CSJN, 1989, Fallos 312:496), donde sostuvo que

El ámbito de posible violencia estatal al fuero interno abarca el sistema de valores no necesariamente religiosos en los que el sujeto basa su propio proyecto de vida. Una interpretación diferente, nos llevaría al contrasentido de proteger el derecho a la libertad de cultos, como una forma de exteriorización del derecho a la libertad de conciencia, y no a atender a este último como objeto de protección en sí mismo (considerando 9°).

No es esta, nuevamente, la posición de autores como Horacio Rosatti (2017) al sostener que “la creencia religiosa forma parte de la libertad de conciencia y es irrelevante para el derecho; el ejercicio del culto es jurídicamente relevante y puede ser reglamentado y/o prohibido” (p. 455). Reitero las consideraciones hechas al tratar la libertad de pensamiento.

Más allá de las distinciones conceptuales, lo que es meridianamente claro, es que si bien la libertad de conciencia y la libertad de culto poseen un ámbito de tutela autónoma el uno del otro, existe una evidente vinculación.

Es por ello que la libertad de conciencia ha sido extraída pretorianamente del artículo 14 de la Constitución Nacional, en tanto garantiza que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de profesar libremente su culto, y como zona de autonomía personal donde el Estado no puede interferir, en virtud del artículo 19 de la Constitución Nacional; además esta vinculación se ve claramente en tanto que los instrumentos internacionales de derechos humanos, todos con más o menos los mismos términos, hacen un tratamiento conjunto de ambas. Así, el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo III de la Declaración Americana de Derechos y Deberes

del Hombre, y el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el orden interno argentino, entonces, el artículo 14 de la Constitución Nacional garantiza a todos los habitantes el derecho de ejercer libremente su culto. Ya fue señalado, siguiendo a Gullco (2016), que esta libertad abarca no solo la profesión de la religión sino, además, de las conductas derivadas de motivos éticos, morales o filosóficos.

La libertad de cultos comporta, a su vez, una doble dimensión, en tanto supone una dimensión interna relativa a la formación, mantenimiento, cambio e incluso abandono de las propias convicciones; y una dimensión externa que se relaciona con el derecho a actuar sobre el mundo conforme a tales convicciones. La primera dimensión, por formar parte del fuero íntimo de cada persona, se encuentra tutelada por el principio de autonomía personal del artículo 19 de la Constitución Nacional. La segunda dimensión, en cambio, es la expresamente tutelada por el artículo 14 de la Constitución Nacional. Es válido aclarar, por lo demás, que la exteriorización no se agota en los actos rituales solemnes de veneración o pertenencia a determinado culto, sino que además puede manifestarse con abstenciones, silencios o reacciones frente a un estímulo determinado (Rosatti, 2017).

A su turno, el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, en especial el artículo III de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, delimitan el alcance y el contenido de la libertad cultos con seis prerrogativas específicas:

- 1) profesar una religión, es decir, tener una creencia religiosa; 2) manifestar una creencia en público o en privado, de forma individual o colectiva, esto es, dar a conocer o exteriorizar la religión que se profesa; 3) practicar los preceptos de una determinada religión en público o en privado de forma individual o colectiva, en otras palabras, llevar a cabo o realizar las convicciones religiosas; 4) conservar una religión o mantener la creencia; 5) cambiar

de religión, lo que significa tener la posibilidad de dejar una religión y tomar otra, y 6) difundir una religión, lo que implicaría transmitir las creencias religiosas a otros (Romero Pérez, 2012, p. 219)

Asimismo, estos instrumentos internacionales disponen límites al actuar estatal en torno a la protección de la libertad religiosa. Así, si bien los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pueden restringir la libertad religiosa mediante leyes, la restricción solo pasará el tamiz convencional si es necesaria para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o el derecho o libertades de los demás. Tampoco pueden los Estados imponer una religión a los menores de edad, donde queda reservado a los padres o tutores el derecho de elegir la educación religiosa o moral para sus hijos o pupilos, de acuerdo a sus propias convicciones. Y por último, se desprende del artículo 27 de la Convención Americana, que ningún Estado puede suspender la garantía de la libertad religiosa bajo ninguna circunstancia.

Por su parte, en el sistema universal de protección de derechos humanos, con particular referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se sostiene la misma tesis al reconocer que esta libertad es de contenido tanto teísta como no teísta, e incluso atea, y que supone las mismas prerrogativas y los mismos límites que ya hemos referido para el sistema interamericano.

Ahora bien, realizadas estas conceptualizaciones y determinada la fuente normativa de cada una de las libertades en juego, la objeción de conciencia se presenta en nuestro ordenamiento de manera derivada y no autónoma. Su fuente normativa, entonces, sería la misma que las de estas libertades ya que, en su construcción derivada, siempre se encuentra referida a alguna de ellas.

Este proceso de reconocimiento de la objeción de conciencia a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es el que se desarrolla a continuación.

#### **IV. El camino trazado: la conceptualización de la objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Ya fue puesto de relieve que, a lo largo de su historia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en varios pocos casos en que abordó directamente la cuestión relativa a la objeción de conciencia y, en otros, donde las referencias a la misma se realizan con carácter secundario o bien las cuestiones planteadas fueron resueltas con referencia a otros valores jurídicos en juego. De todos ellos, sin embargo, no se obtiene una jurisprudencia profusa ni abundante, pero sí se desprenden importantes conceptos doctrinales que permiten desarrollar el instituto, al menos, como punto de partida para su profundización. Asimismo, resulta claro que la caracterización doctrinaria de la propia Corte Suprema fue mutando al respecto.

En este sentido, cabe mencionar como antecedentes destacados los casos “Agüero” (CSJN, 1949, Fallos 214:139) sobre la necesidad de juramentar para la validez de ciertos actos públicos; “Lopardo” (CSJN, 1982, Fallos 304:1524) y “Falcón” (CSJN, 1983, Fallos 305:809) en referencia a la posibilidad de eximición de la prestación del servicio militar obligatorio; “Ascencio” (CSJN, 1982, Fallos 304:1293) respecto de la reverencia a símbolos patrios; entre otros, y cuyo estudio se omite en el presente trabajo en razón a la brevedad del mismo.

Hasta aquel momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se mostró reaccionaria al reconocimiento de la objeción de conciencia como causal justificada de insumisión al derecho. El giro jurisprudencial más importante llegaría de la mano del fallo “Portillo” (CSJN, 1989, Fallos: 312:496). En este caso, por primera vez, la Corte Suprema va a reconocer rango constitucional a la objeción de conciencia.

En los hechos, Alfredo Portillo, de religión católica, consideraba que el servicio militar obligatorio colisionaba con el quinto mandamiento de no matar. Al no presentarse a prestar el servicio, fue condenado en primera instancia a prestar un año

de servicios continuados en las Fuerzas Armadas, más el tiempo legal que le hubiera correspondido. Ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el actor se agravió, en primer lugar, de que la incorporación compulsiva al servicio dispuesto la Ley 17.531, violaba su libertad personal consagrada en el artículo 14 de la Constitución Nacional. En particular su libertad ideológica y de conciencia. En segundo lugar, consideró que podía servir a la Patria con un medio alternativo de carácter civil, como prestación sustitutoria, que no implicara empuñar armas.

La Corte Suprema reconoció la existencia de una tensión entre dos disposiciones de carácter constitucional. Por un lado, los derechos de libertad derivados del artículo 14, en particular el derecho de libertad de culto, y, por el otro, la obligación de armarse en defensa de la patria y la Constitución establecida en el artículo 21 y en el preámbulo constitucional.

Al realizar el escrutinio de razonabilidad, la mayoría de la Corte entendió que, si bien por el deber inherente al título de ciudadano —deber de armarse en defensa de la Patria y de la Constitución— las leyes pueden exigirle los servicios que derivan de tan expresa obligación, donde claramente se inscribía la ley N° 17.531, ese deber no deja de ser de naturaleza relativa (considerando 5°). Por lo tanto “El deber —relativo— proveniente de la necesidad de armarse en defensa de la Patria y de la Constitución, y la libertad religiosa —también relativa— no necesariamente resultan inconciliables” (considerando 12°).

La Corte va a considerar ambos valores en juego y, respecto de la obligación impuesta por el artículo 21 de la Constitución Nacional, dirá que el servicio de conscripción ha sido estructurado en vistas a una alta finalidad, la cual es hacer material y efectivamente posible la preparación para la defensa de la Nación, en tiempo de paz, mediante el adiestramiento militar de sus hijos (considerando 5°). Por su parte, también resaltaré que la libertad de religión es particularmente valiosa para la humanidad y que, para el hombre religioso, la misma es el elemento fundamental de la concepción que se forma del mundo que, en

mayor o menor medida, va a impregnar todos los actos de su vida individual (considerando 8°).

Para la conciliación de estos dos valores jurídicos contrapuestos, ambos de raigambre constitucional, postuló que

La reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que les han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad (considerando 7°).

Y así, luego de propuesto el test de razonabilidad para la resolución del conflicto, arribó a la solución de que el incumplimiento del deber constitucional en los términos de la ley del servicio militar obligatorio, en tiempos de paz, no conllevaba un peligro grave o inminente a los intereses del Estado, debiéndose explorar alternativas que permitan cumplir el mandato sin violentar las convicciones morales del agente. Esto es, una prestación sustitutoria que, en el caso, no implique la portación de armas.

Hasta aquí, la solución del caso transcurrió por los carriles de la libertad de conciencia y la libertad de cultos. Ya en lo estrictamente relacionado a la objeción de conciencia, la Corte Suprema va a sostener —*obiter dictum*— que reflexiones como las del caso son las que, probablemente, llevaron a otros países a legislar excepciones para los objetores de conciencia y a organismos internacionales a pronunciarse sobre el punto.

Asimismo sostuvo, respecto de quienes invoquen la objeción de conciencia como eximente del cumplimiento de un deber legal, que “parece necesario que quien lo invoque, haya de hacerlo con sinceridad” (considerando 13°), y en este sentido deberá demostrar que el cumplimiento de la obligación “le produce un serio conflicto con sus creencias religiosas o éticas” (considerando 13°).

Por último, la Corte Suprema agregó que “no es desacertado sostener que la solución global de estos problemas pasa por la decisión del legislador, por cuanto es de su resorte la reglamentación general del artículo 21” (considerando 15°), como así también lo será de todos aquellos casos donde los deberes impuestos a los ciudadanos puedan comprometer su conciencia. Pero aún ante la inexistencia de excepciones por motivos de conciencia en la norma, corresponde a los jueces hacer valer siempre los derechos individuales en los casos concretos (considerando 15°).

Por lo que resta, de los fundamentos del fallo parece desprenderse que la objeción de conciencia es, principalmente, una especificidad de la libertad de conciencia que, en el entendimiento de la Corte Suprema, merece reconocimiento y tutela autónoma respecto de la libertad religiosa o de cultos. Sobre este punto se va a volver en las consideraciones finales.

Más clarificador al desarrollo de una teoría de la objeción de conciencia con carácter autónomo resulta, a mi criterio, el voto de los jueces Mariano Augusto Cavagna Martínez y Antonio Boggiano en el caso “Bahamondez” (CSJN, 1993, Fallos 316:479), donde se planteó la cuestión relativa a los límites estatales frente a los tratamientos médicos.

En el caso, Marcelo Bahamondez, perteneciente a la religión Testigos de Jehová, se encontraba internado en un hospital de la ciudad de Ushuaia a raíz de una hemorragia digestiva. El paciente se negó a recibir transfusiones sanguíneas por considerar que ello contravenía sus más íntimas creencias, derivadas de su práctica religiosa.

Al momento de decidir la Corte Suprema el caso se encontraba abstracto pues, en el lapso de cuatro años transcurridos hasta la intervención del tribunal, el paciente se había recuperado y había sido dado de alta médica sin necesidad de haber realizado las transfusiones sanguíneas.

A pesar de la situación procesal, algunos de los ministros de la Corte Suprema se expidieron respecto del fondo del asunto para que, en el futuro, los casos similares que requerían solución

urgente conocieran la posición de algunos magistrados del máximo tribunal nacional.

Dentro de los distintos votos, se reflejan dos claras líneas interpretativas. Por un lado, el encuadramiento del caso como un supuesto típico de objeción de conciencia y libertad religiosa, a instancias del voto de los ya mencionados jueces Cavagna Martínez y Boggiano y, por otro lado, una línea que vincula al caso a la esfera de privacidad consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, lo que ocurre a través del voto de los jueces Belluscio y Petracchi.

Esta segunda línea interpretativa del caso, de mayor amplitud, tiene la ventaja de poder proyectarse a casos cuyo encuadre no se de en los términos exclusivos de la objeción de conciencia. Criterio que en definitiva se cristaliza sobre la base de que el ámbito de libertad reconocido a las personas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, se proyecta también en el derecho y la posibilidad de que cada uno pueda aceptar o rechazar libremente toda interferencia, también, en el ámbito de su intimidad corporal.

Por su parte, en torno a la primera línea interpretativa, que resulta de mayor interés para este trabajo, la objeción de conciencia fue definida como “el derecho a no cumplir una norma y orden de la autoridad que violente las convicciones internas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común” (considerando 12°).

En este sentido, la objeción de conciencia se presenta como un incumplimiento individual de una obligación jurídica positivizada. O, como también fue sostenido al brindar un marco teórico a este trabajo, el incumplimiento de un mandato legislativo o de una orden administrativa. Incumplimiento que se va a pretender justificado en tanto el mandato violente las convicciones personales del agente que esquiva el deber legal.

Es decir que el incumplimiento va a tener como principal fundamento que, de actuarse conforme al precepto legal, se

lesiona al individuo obligado en sus creencias y convicciones más íntimas, sean estas creencias de carácter ético, religioso, moral o filosófico, ya que “la libertad conciencia consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales” (considerando 8°). Esta amplitud de motivos a los que el objetor puede apelar para justificar su desobediencia, también es coincidente con la teoría rawlsiana.

Ahora bien, harto reiterado, “la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público” (considerando 12°) y, en el caso, “si no se hallan afectados los derechos de otra persona distinta de quien se negó a recibir una transfusión sanguínea, mal puede obligarse a éste a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa”(considerando 17°).

Pero además, se va a requerir que el objetor sea sincero y serio en su accionar, y que el incumplimiento se enmarque en una coherencia de vida respecto a las convicciones que se alegan, por eso “quien invoca la objeción de conciencia debe acreditar la sinceridad y seriedad de sus creencias, verbigracia, la pertenencia al culto que se dice profesar” (considerando 12°). En especial, sostiene el voto, se deberá tener en cuenta la conducta anterior del objetor.

A diferencia de “Portillo”, aquí la objeción de conciencia encuentra su fundamento, a criterio del voto disidente, en la libertad religiosa como ejercicio de la libertad de conciencia y no ya como una especificidad de una tutela autónoma de ésta. También sobre este punto se volverá hacia el final.

Lo que además resulta valioso del voto comentado es que “resulta irrelevante la ausencia de una norma expresa aplicable al caso que prevea el derecho a la objeción de conciencia” (considerando 19°) ya que “está implícito en el concepto mismo de persona, sobre el cual se asienta todo el ordenamiento jurídico” (considerando 19°), lo que permite afirmar “la tutela constitucional de la objeción de conciencia con apoyo en los artículos 14 y 33 de la Constitución” (considerando 19°).

En otro caso trascendente, en el año 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en la causa “Albarracini Nieves” (CSJN, 2012, 335:799), en el que mantuvo su posición respecto del precedente “Bahamondez” sobre libertad, autonomía individual y objeción de conciencia.

En cuanto a los hechos del caso, el paciente Pablo Albarra-cini Ottonelli, que se encontraba internado en estado crítico en una clínica de la Capital Federal, requería para su tratamiento la realización de transfusiones sanguíneas. En este caso, la objeción de conciencia del interesado es invocada por su esposa, ya que él se encontraba en estado de inconsciencia, manifestando ella que el paciente era Testigo de Jehová y que, por lo tanto, se había negado a recibir tratamientos que implicaran transfusiones de sangre.

Como prueba de lo sostenido, la esposa de Pablo Albarra-cini Ottonelli acompañó un documento firmado ante escribano público, donde expresaba tal voluntad de manera clara y precisa.

Aquí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación va a decidir también por la tutela de los derechos individuales. Así, los ministros Fayt y Petracchi, remitieron a sus propios fundamentos en “Bahamondez”, en tanto que el resto de los jueces de la Corte Suprema adoptaron la línea del blindaje a la esfera de privacidad del artículo 19 de la Constitución Nacional que, como explicamos, es más amplia que la especificidad de la objeción de conciencia, a la que no excluye.

Puede decirse de este fallo que, como novedad, la Corte Suprema toma para sí el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “Case of Jehova’s witnesses of Moscow and others v. Russia”, al sostener que

“la Corte Europea de Derechos Humanos ha recordado en este sentido que ‘prima facie, cada adulto tiene el derecho y la capacidad de decidir si acepta o no tratamiento médico, aun cuando su rechazo pueda causar daños permanentes a su salud o llevarlos a una muerte prematura.

Mas aún, no importa si las razones para el rechazo son racionales o irracionales, desconocidas o aún inexistentes” (considerando 17°).

Así trazado el camino de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reconocimiento de la objeción de conciencia, aunque de manera derivada y no autónoma, nos permite extraer importantes consideraciones respecto de este instituto en nuestro ordenamiento jurídico, que se desarrollarán oportunamente.

## V. Consideraciones finales

Es innegable que la objeción de conciencia, en la actualidad, es uno de los grandes temas jurídicos a desarrollar en el Siglo XXI, en atención a la rápida expansión en cuanto a sus ámbitos de manifestación.

Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la objeción de conciencia no goza en nuestro ordenamiento jurídico de una tutela expresa ni, tampoco, de un reconocimiento como un derecho autónomo, sino derivado de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión, en un juego armónico con el principio de autonomía individual.

Este reconocimiento, surgido en base a las previsiones de los artículos 14 y 19 de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad federal, es producto de la construcción que a lo largo de la historia ha realizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Si bien es cierto que la mayoría de las veces en las que se han presentado casos donde la objeción de conciencia podía desarrollarse, el tribunal rara vez ha optado por resolverlos a través este instituto y, ello, hace que la jurisprudencia en nuestro medio sea escasa.

Por mi parte, tomando como autor de referencia a John Rawls en su “Teoría de la Justicia”, entiendo y creo conveniente que la objeción de conciencia sea reconocida, desarrollada

y legislada como un instituto jurídico autónomo, con pautas generales para su aplicación para todos los casos en que ella sea susceptible de ser invocada por quien se niega al cumplimiento de una obligación que se encuentra positivizada.

La posibilidad de insumisión al derecho por razones religiosas, éticas, morales o filosóficas, puede y debe ser seriamente atendida. El Estado Constitucional y Democrático exige, en tiempos de pluriculturalidad y globalización, que se adopten medidas tendientes a garantizar la convivencia pacífica y, en este sentido, como sostienen María Carmelina Londoño Lázaro y Juana Inés Acosta López (2016) resulta evidente que la objeción por razones de conciencia cumple una clara función conciliadora, facilitando la vigencia armónica de los derechos humanos (p. 236).

Por todo ello es que resultará necesario, y más temprano que tarde, el avance del legislador en la materia y el desarrollo del instituto con carácter autónomo. Lo propio deberá ser hecho en los ámbitos académicos y, por tal motivo, este trabajo forma parte de la tesis de maestría que me encuentro desarrollando.

## Bibliografía

- ALEGRE, M. (2009). *¿Opresión a conciencia?: La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva*. Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 66. Recuperado de [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/66](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/66)
- GULLCO, H. (2016). *Libertad religiosa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Ediciones Didot.
- SARLO, Ó. (2006). *El marco teórico en la investigación dogmática*. En *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid, España: Trotta.
- RAWLS, J. (2012). *Teoría de la justicia*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1990). *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

- ARLETAZZ, F. (2012). *Libertad religiosa y objeción de conciencia en el derecho constitucional argentino*. En *Estudios constitucionales*. Santiago de Chile, Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
- ROSATTI, H. (2017). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- SAGÜÉS, N. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- ROMERO PÉREZ, X. (2012). *La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Análisis comparativo con el ordenamiento jurídico colombiano)*. En *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- LODOÑO LÁZARO, M. & ACOSTA LÓPEZ, J. (2015). *La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano*. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 9, 233-272. doi:<http://dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.07>

### ***Jurisprudencia***

- Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531* (1989). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo: 312 Número: 496.
- Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.* (1984). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo: 306 Número: 1892.
- Agüero, Carlos Antonio c/ Universidad Nacional de Córdoba* (1949) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo: 214 Número:139.
- Lopardo, Fernando Gabriel s/ insubordinación* (1982). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo: 304 Número:1524.
- Falcón, Javier Ignacio s/ insubordinación* (1983). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo: 305 Número: 809.
- Ascencio, José Hernán s/ amparo* (1982). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo: 304 Número: 1293.
- Babamondez, Marcelo s/ medida cautelar* (1993). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo: 316 Número: 479.

*Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias* (2012). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tomo: 335 Número: 799.

### **Otras**

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985). *Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85*. Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf).



| COMENTARIO A LEGISLACIÓN |

## **Retrato a lápiz**

Cuando el artista J. R. Butin me retrató a la edad de siete años, no imaginó, seguramente, que se me caería el cabello, tampoco que sería poeta –título discutible– y mucho menos que, luego de cinco décadas y media, su dibujo continuaría colgado en una pared de mi escritorio, como si el niño lleno de ilusiones no quisiera abandonar al hombre de hoy.

(De *El fin ya tuvo lugar*, 2012)

Autor: *César Cantoni*

Arte de la portada: **Mauricio Andrés Valenti**  
Serie **Inmigrantes migrados 2019**

---

## La niñez encarcelada: Lineamientos en cuanto a una posible reforma al Régimen Penal Juvenil. La baja de edad de inimputabilidad detrás de una supuesta reforma progresista

The imprisoned childhood. Guidelines for a Juvenile Criminal Regime potential reformation. The reduction of the legal age of criminal responsibility behind a so-called progressist reformation

Crianças encarceradas: Diretrizes sobre uma possível reforma do Regime Criminal Juvenil. A baixa idade de intolerância por trás de uma suposta reforma progressiva

L'enfance emprisonnée. Des lignes directrices concernant une éventuelle réforme du régime pénal des mineurs. Le bas de l'âge d'imputabilité derrière une prétendue réforme progressive

*Stefanía Giovanna Alba Nájera*<sup>1</sup> | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 309-325

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e255>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0868-9327>

Recibido: 19/12/2018

Aprobado: 01/03/2019

---

**Resumen:** El trabajo analiza una iniciativa del gobierno argentino para reformar la edad de imputabilidad de los delitos. Este proyecto no viene solo. En realidad la llamada “baja” forma parte de algo más ambicioso:

---

<sup>1</sup> Abogada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, realizando la Maestría en comunicación y criminología mediática en Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP. Pasante en el Foro para la Justicia Democrática –Fojude–.

reformular y adecuar el Régimen Penal Juvenil a acorde a los parámetros internacionales; deuda un tanto postergada de la democracia. Creemos visualizar una veta positiva en el proyecto en tanto adecúa, o intenta hacerlo, el viejo régimen de responsabilidad juvenil con los parámetros internacionales, pero cuidado; esconde ciertos rasgos punitivos alentados probablemente por ciertos sectores sociales, junto con las agencias mediáticas, sumado a la ola de reformas de corte “mano dura”, en un contexto social neoliberal que no brinda las reales oportunidades que requieren los jóvenes como ser vivienda, educación, salud, desarrollo personal, entre un cúmulo de derechos de escaso desarrollo por estos días

**Palabras claves:** imputabilidad. Adolescentes. Régimen Penal Juvenil

**Abstract:** This work analyses an Argentinian government's initiative for reformation of the. This Project does not come alone. Actually, the so-called “reduction” is part of something more ambitious: to reform and to adapt the Juvenile Criminal Regime according to international parameters; but beware; it hides certain punitive features, probably encouraged by some social sectors, as well as the media agencies, in addition of the tendency of “firm hand”, in a neoliberal social context that does not provide the real opportunities that Young people require, such as a dwelling, education, wealth, personal development, among others, of scanty development in the present days.

**Keywords:** legal age of criminal responsibility, teenagers, Juvenile Criminal Regime

**Resumo:** O artigo analisa uma iniciativa do governo argentino para reformar a idade de imputabilidade dos crimes. Este projeto não vem sozinho. Na realidade, a chamada “baixa” faz parte de algo mais ambicioso: reformar e adaptar o Regime Penal Juvenil de acordo com parâmetros internacionais; dívida um pouco adiada da democracia. Acreditamos que visualizamos uma veia positiva no projeto, se encaixa, ou tenta fazê-lo, o antigo regime de responsabilidade juvenil com os parâmetros internacionais, mas tenha cuidado; esconde certas provavelmente punitivas alentados por certos setores sociais, juntamente com as características agências mediáticas, combinados com a onda de reformas corte “duro” em um contexto social neoliberal que não oferece oportunidades reais que exigem jovens como ser habitação, educação,

saúde, desenvolvimento equipe, entre um conjunto de direitos pouco desenvolvidos nos dias de hoje.

**Palavras-chave:** imputabilidade. Adolescentes Regime Criminal Juvenil

**Résumé:** Ce travail analyse une initiative du gouvernement argentin pour à réformer l'âge d'imputabilité des crimes. Ce projet ne vient pas seul. Vraiment, la «basse» fait partie d'un projet plus ambitieux: réformer et adapter le régime pénal des mineurs selon les paramètres internationaux; une vieille dette de la démocratie. Nous percevons une veine positive dans le projet, car il s'adapte, ou tente de le faire, à l'ancien régime de responsabilité des mineurs selon paramètres internationaux, mais soyez prudent; il cache certaines caractéristiques punitives encouragées par certains secteurs sociaux, ainsi que les agences de médias, ajoutées à la vague de réformes de "main de fer" dans un contexte social néolibéral qui n'offre pas des opportunités réelles aux jeunes, telles que le logement, l'éducation, santé, développement personnel, parmi d'autres droits peu développés actuellement.

**Mot-clés:** Imputabilité. Les adolescents. Régime criminel juvénile.

---

## **I. Presentación**

No es la primera vez, ni lastimosamente será la última, en que las políticas criminales de nuestro Estado busquen inflacionar punitivamente nuestra sociedad. Tampoco es la primera, ni será la última vez, que sean los jóvenes las víctimas de este bumerán de discusiones políticas, jurídicas y mediáticas con el único fin de hacerle creer a cierto sector de la sociedad, reclamante generalmente de endurecimiento de penas, que la toma de dichas medidas son la solución mágica a todos los problemas sociales existentes. En definitiva se trata de maniobras distractoras para que el foco del problema se puntualice en los pibes y las pibas, ocultando los problemas en materia de desarrollo social y económico que sufre nuestro territorio.

Concretamente ahora, justamente cuando también se propone enviar un proyecto de nuevo código penal de la Nación,

incluyente por ejemplo de la doctrina Chocobar entre otras cosas, el gobierno pretende reformar la edad de imputabilidad de los delitos en la Argentina. Esto no es novedad, ya que desde hace algunos años se discute la baja de edad de imputabilidad.

Este proyecto no viene solo. En realidad la llamada “baja” forma parte de algo más ambicioso: reformar y adecuar el Régimen Penal Juvenil a acorde a los parámetros internacionales; deuda un tanto postergada de la democracia. Podríamos decir entonces que detrás de una supuesta reforma progresista en el marco del programa de Justicia 2020<sup>2</sup>, se esconde un ítem, un punto, de total controversia anclado en la idea de estigmatizar aun más a los jóvenes y desconocer que en definitiva es una forma de exclusión y no de inclusión social. Una manera más de encarcelar, de institucionalizar personas, cada vez a más corta edad, produciendo entonces de esa manera mayores condiciones de regresividad para quienes sufren la imposición de la pena. Un modelo de mayor castigo, ampliando de esta manera el Estado de policía.

## II. Desarrollo

Según un relevamiento realizado por UNICEF, hay actualmente alrededor de 1305 jóvenes privados de la libertad en centros cerrados. Casi la totalidad son varones, argentinos, mayoritariamente comprendidos entre los 16 y 17 años de edad.<sup>3</sup>

Es importante de antemano advertir que estamos hablando de un tema por demás sensible; se trata de aplicar sanciones ni más ni menos que a personas que son consideradas niños/as. De por sí toda temática referida al encarcelamiento de personas requiere de una sensibilidad y empatía por parte de la comunidad en su conjunto.

---

<sup>2</sup> Este programa se presenta como “una justicia cercana a la comunidad, moderna, transparente e independiente”.

<sup>3</sup> “Las voces de las y los adolescentes privados de la libertad en Argentina”, UNICEF, CENEP, Noviembre 2018. <https://www.unicef.org/argentina/informes/las-vozes-de-los-y-las-adolescentes-privados-de-libertad>

Según la Convención de Derechos del Niño, a la cual nos ceñiremos como pilar en todo este trabajo, en su artículo primero establece que toda persona que no haya alcanzado la edad de 18 años es considerado niño/a, a salvo de que una legislación determine una edad anterior para la obtención de la mayoría de edad. En nuestro país, en el año 2009 precisamente, con la ley N° 26.579, fue cuando se bajó la edad para considerarse mayor de edad. Se pasó de 21 años a 18 años, quedando igualada entonces al estándar internacional.

Entendemos de todos modos que pese a que nos resulte por demás rechazable una posible reforma a la edad de punibilidad de delitos, hay una discusión como dijimos quizás aun mayor por detrás de todo este debate mediático/judicial y tiene que ver con el llamado Régimen Penal Juvenil. Es inminente la necesidad de su reforma y su adecuación a estándares internacionales en suma sintonía con el respeto por los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes. La incertidumbre generada es quizás el no saber si están dadas las condiciones favorables para una reforma de tal envergadura considerando que estamos frente a un gobierno que podríamos dar a llamar de “mano dura”, de “tolerancia 0”, donde ya hemos asistido a reformas más severas en cuanto a los castigos como por ejemplo la reformada ley 26660 de Ejecución Penal Nacional.

Históricamente en Argentina, específicamente durante la última dictadura militar, se ha bajado la edad a 14 años y en el mismo período se ha sancionado el Régimen Penal Juvenil (ley 22. 278, 1980). Luego con el regreso de la democracia la edad de inimputabilidad se estableció entonces en los 16 años. Pero pese el aumento en la edad establecida en la ley, el Régimen Penal Juvenil no ha sido adecuado a los estándares internacionales de derechos humanos. Vale aclarar que, recién diez años después de la sanción del Régimen, nuestro país ratificó mediante ley 23.849 la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN), la que reemplaza la doctrina de la situación irregular por el de la protección integral de derechos.

Algunos puntos destacables en torno a la consideración de la niñez por la Convención han sido:

- La existencia de políticas básicas universales para todos los niños y niñas.
- El niño y la niña dejan de ser objeto de derechos para pasar a ser sujetos de los mismos; y el respeto de dichos derechos debe estar garantizado por el Estado.
- Se reduce la incidencia del juez en los procesos; el mismo solo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal, y no cuando considera que hay “peligro material o moral”, lo cual constituye un concepto de por sí indefinible, dándole un marco amplísimo en la toma de decisiones tanto materialmente como en la duración de las medidas a adoptar.
- Se rompe con el sistema de patronato por parte del Estado, quien deja de ser “patrón” para convertirse en promotor del bienestar de niños y niñas.
- Se prioriza siempre la relación del niño/a con su familia; intentando impedir por todos los medios posibles la separación del joven de su familia.
- Se establece la obligación de oír al niño/a; quien además cuenta con la obligatoriedad de una defensa oficial y un impedimento ante cualquier tipo de privación de la libertad.
- Se cambia el foco de la responsabilidad frente a los niños/as; ya no se trata de áreas meramente judiciales y/o administrativas consideradas “de menores” sino que se requieren de toda una serie de políticas públicas provenientes de organismos Estatales descentralizados.

Existen otros instrumentos internacionales sumamente importantes para lograr una formidable coexistencia con el antiguo Régimen nacional. Por un lado las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores” o mayormente conocidas como Reglas de Beijing, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia

juvenil, conocidas como Directrices de Riad y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, también llamadas Reglas de Tokio.

Es importante tener en cuenta también la Observación General N° 10 del año 2007, emitida por el Comité de los Derechos del Niño<sup>4</sup>; órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDN por sus Estados Partes. En el mismo se alienta a los Estados parte a elaborar y aplicar una política general de justicia de menores a fin de prevenir y luchar contra la delincuencia juvenil. Pone de relieve la importancia de promover el desarrollo pleno y armonioso de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño. Respecto de la edad de punibilidad el Comité recomienda elevar las edades por ejemplo de los estados que la establecen en 12 años, considerando aconsejable su aumento a por lo menos 16 años, acompañando de esa manera la madurez emocional, mental e intelectual. Establece que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores.

Las normativas internacionales entonces no establecen un límite de edad para la responsabilidad penal juvenil pero el Comité por ejemplo recomienda que se aplique un solo sistema de responsabilidad penal juvenil; es decir, que el Régimen sea aplicado igualmente a los infractores menores de 18 años, en consonancia por supuesto con lo dispuesto por la CDN y demás instrumentos. Luego el informe toma un rumbo más procesalista, nos habla de las garantías de un juicio imparcial; donde establece condiciones respecto a los órganos intervinientes en el proceso, el tiempo de duración y los derechos y garantías que le corresponden al supuesto infractor. Resalta por último la necesidad de utilizar medidas alternativas a la prisión; estableciendo a la privación de la libertad como último recurso y por el tiempo más breve posible.

---

<sup>4</sup> [https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10\\_sp.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.10_sp.pdf)

La necesidad de adecuar el Régimen Penal Juvenil a los estándares internacionales no ha sido sólo una cuestión doctrinaria. Jurisprudencialmente inclusive la Corte Internacional de Derechos Humanos, en el caso “César Alberto Mendoza y otros vs. Argentina” de fecha 14 de mayo de 2013 ha establecido en su recomendación cuarta al Estado Argentino, que disponga de las medidas legislativas y de otra índole para que el sistema de justicia penal aplicable a adolescentes por conductas cometidas siendo menores de 18 años, sea compatible con las obligaciones internacionalmente dispuestas en materia de protección y promoción de niños y niñas. En el caso concreto la Corte encontró responsable a la Argentina por violación a los estándares internacionales en justicia penal juvenil ante la imposición de penas perpetuas a menores de edad, en igualdad de condiciones que a un mayor de edad.

UNICEF por su parte ha lanzado un documento llamado “Ideas para contribuir al debate sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil”<sup>5</sup>. En el mismo resalta lo que venimos desarrollando; la necesidad de que Argentina se adecue a la normativa internacional. Nos habla de reinserción social en vez de represión; ofreciendo a los adolescentes oportunidades educativas, de formación laboral y recreativas, para de esta manera alejarlos del delito. Destaca la necesidad de aportar fondos económicos para el mejor desarrollo de esta justicia penal juvenil y el nombramiento de jueces, fiscales, defensores y equipos técnicos interdisciplinarios especializados en la materia de niñez y adolescencia. Un punto importantísimo de la observación de UNICEF es la aclaración clara y precisa de la innecesaridad de la baja de edad de inimputabilidad para la realización de la reforma legislativa del Régimen Penal Juvenil, interpretando dicha acción en todo caso como un retroceso en materia de derechos humanos y como una medida regresiva. En cuanto a los medios de comunicación confiesa que pese a que los mismos

---

<sup>5</sup> [https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2019-01/6\\_Posicionamiento-Justicia-Penal-Juvenil\\_0.pdf](https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2019-01/6_Posicionamiento-Justicia-Penal-Juvenil_0.pdf)

relacionen la idea de seguridad con la edad de los infractores de las normas, evidencia que no existen datos precisos que aseveren la relación inseguridad/delincuencia juvenil. Evidencia que los datos existentes relacionan los delitos cometidos por jóvenes son generalmente delitos contra la propiedad. Por último deja en claro que la privación de la libertad tiene que ser la última medida a adoptar y por el menor tiempo posible. En definitiva el documento propone medidas alternativas de reparación de conflictos.

Es interesante recordar que a nivel interno nuestro país cuenta con una Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes<sup>6</sup>, la cual no podría ser dejada de lado frente a la adecuación pretendida en el Régimen Penal Juvenil. Aquella ley introduce conceptos fundamentales como el del Interés Superior del Niño, la asignación de responsabilidad estatal, comunitaria y familiar. En cuanto nos habla de la libertad personal dirige las disposiciones a adoptar a la normativa vigente, lo que sería la derivación a la ley 22.278. Es de suma importancia el artículo 27 el cual se cataloga como “GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS”. En él se establece el derecho a ser oído, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, a participar activamente en todo el procedimiento.

Otro punto controversial por lo cual se requiere la reforma del Régimen del que venimos hablando es la unificación nacional del mismo, ya que existen legislaciones locales que tratan de diferentes formas la cuestión. En la Provincia de Buenos Aires por ejemplo existe la ley 13634, la cual regula todo lo referente al “fuero penal del niño”.

Podemos destacar que la ley provincial articula de alguna manera a la CDN y a su vez al régimen nacional de protección de niños, niñas y adolescentes desarrollado precedentemente.

---

<sup>6</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

De todos modos cuando debe expedirse sobre la edad de punibilidad nos remite a la normativa nacional: “*Artículo 32. El presente régimen es aplicable a todo niño punible, según la legislación nacional, imputado de delito en jurisdicción territorial de la provincia.*”

El último y reciente proyecto de reforma de Régimen Penal Juvenil, en el ámbito del PROGRAMA JUSTICIA 2020 propiciado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos trae entonces incluida esta reforma en cuanto a la baja de edad de inimputabilidad, además de otros cambios que desarrollaremos a continuación. Se crea entonces un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil que hace que los adolescentes de quince años respondan por determinados delitos. Es dable destacar que ya desde el lenguaje utilizado se elimina por completo la palabra “menor” utilizándose el término “adolescente”. Esto no es un capricho gramatical considerando el giro que ha tenido la visión de ese “menor” como un objeto de derecho susceptible de tutela judicial, incapaz, incompleto; pasando a una visión integral otorgándole derechos como por ejemplo el de ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta.<sup>7</sup>

Podríamos decir que el proyecto incorpora un doble sistema de responsabilidad penal: por un lado para ciertos delitos para los adolescentes de 15 años, específicamente los reprimidos con pena máxima de 15 años de prisión o más en el Código Penal o en las leyes especiales, y para las personas entre 16 y 18 años se incluirían todos los delitos de acción pública sancionados por el Código Penal o las leyes especiales.

Establece que las edades indicadas anteriormente se entenderán siempre referidas al momento del hecho.

Entre sus principios menciona que la finalidad de este sistema es fomentar en el adolescente el sentido de la responsabilidad

---

<sup>7</sup> El derecho del niño/a a ser oído es receptado en el artículo 12 de la CDN y nuestro ya no tan nuevo Código Civil y Comercial ha recogido dicho postulado; ejemplo artículo 27 de dicho código de fondo “tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”.

por sus actos y procurar su integración social. El proyecto menciona expresamente a la CDN que entendemos debe ser el eje central para esta posible modificación. Integración social es lo que procura, comprendiendo un abordaje integral, interdisciplinario y restaurativo. Hace referencia al interés superior del niño, concepto discutido en la doctrina quizás por considerárselo demasiado abstracto en su definición. La ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes es quien por primera vez a nivel nacional consagra este derecho, y el mismo proyecto que estamos aquí analizando lo define: se trata de garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del adolescente.

Hace referencia también a una justicia especializada. En este punto considero que en la propuesta la idea resulta muy benéfica pero en la práctica se requieren de diferentes mecanismos, por sobre todo el presupuestario, para consagrar la especialización de dicha justicia.

Establece un plazo máximo para la resolución del procedimiento penal, el cual lo ha establecido en tres años contados desde el acto de la formalización de la Investigación Penal Preparatoria. Un punto controversial quizás en este mismo artículo es la habilitación posible de la aplicación de la prisión preventiva. La misma está establecida como último recurso, no pudiendo exceder de un año, pudiendo el juez renovarla mediante resolución fundada por el mismo lapso de tiempo. La medida se estima deberá ser revisada cada tres meses. Consideramos en este punto como desventajosa totalmente la aplicación de la prisión preventiva, aunque la misma sea enunciada como de un futuro uso excepcional. De por sí la implementación de la prisión preventiva en nuestro país es el caso corriente frente al encarcelamiento masivo de personas. Resultaría extraño, o novedoso, que entonces no se transforme en un recurso de uso frecuente frente a los supuestos jóvenes infractores. Es importante quizás señalar, por más de que no sea objeto de la investigación aquí planteada, que la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos ha presentado en el año 2017 un informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva.<sup>8</sup>

El proyecto aclara que la privación de la libertad procederá como último recurso, de forma fundada, revisable, y por el plazo más breve posible.

Al igual que el Régimen vigente, el establecimiento donde se aloje al adolescente deberá ser especializado y contar con PERSONAL CIVIL idóneo para el trato con aquellos. De ningún modo podrán alojarse en centros con personal de las fuerzas de seguridad. Queda prohibido en dichos centros la portación y uso de armas. De más está aclarar que en el presente, indicando sólo el caso de la Provincia de Buenos Aires, las condiciones de detención en general, y en particular la de los jóvenes, dista bastante de lo propuesto en la reforma.<sup>9</sup>

Acorde a los proyectos que han sido tratados respecto a los códigos de procedimientos penales, tanto en Nación como en provincia de Buenos Aires, el proyecto hace mención de “la víctima” dándole participación en el procedimiento que se lleve a cabo con el adolescente, por ejemplo pudiendo celebrar lo que da a llamar como “acuerdos restaurativos” o mismo conciliaciones.

En todo momento se menciona que la tarea con el adolescente debe ser de tipo interdisciplinaria incluyendo asistencia a programas educativos, a programas de formación ciudadana, programas de capacitación laboral, programas deportivos y/o culturales. El equipo interdisciplinario deberá estar formado por al menos tres profesionales de distintas disciplinas, capacitados en justicia restaurativa. La justicia restaurativa es una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra

---

<sup>8</sup> “Medidas para reducir la prisión preventiva”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>

<sup>9</sup> Se recomienda la lectura del Informe anual de la Comisión Provincial por la Memoria, “El sistema de la crueldad XII”, Agosto 2018. [http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/Informe\\_2018.pdf](http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/Informe_2018.pdf)

a la víctima, al ofensor, a las redes sociales, las instituciones judiciales y la comunidad. Los programas de justicia restaurativa se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente viola la ley, sino también hiere a las víctimas y a la comunidad. Cualquier esfuerzo para solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo deberá, en la medida de lo posible, involucrar tanto al ofensor como a las partes ofendidas, y proporcionar la ayuda y el apoyo que la víctima y el delincuente requieren. La justicia restaurativa es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto. La participación de las partes es esencial al proceso y enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por las víctimas y los delincuentes. Los procesos de justicia restaurativa pueden adaptarse a varios contextos culturales y a las necesidades de comunidades diferentes. A través de ellos, el proceso en sí mismo a menudo transforma las relaciones entre la comunidad y el sistema de justicia como un todo.<sup>10</sup>

Otorga la posibilidad de hacer efectivo el cumplimiento de la prisión en el domicilio, sujeto a un monitoreo a través de un dispositivo electrónico. Incluso determina que de ser el caso de una adolescente embarazada directamente se aplicara este modo de cumplimiento de pena. Resulta un tanto extraño en el caso concreto esta disposición ya que asistimos a una realidad de restricción de prisiones domiciliarias en lo que es la justicia de mayores, con lo cual queda un tanto en duda el posible cumplimiento de estas disposiciones.

Establece la prohibición de la aplicación de prisión perpetua y pone un tope de quince años para las sanciones privativas

---

<sup>10</sup> "Manual sobre programas de justicia restaurativa", Naciones Unidas, año 2006. [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)

de la libertad en adolescentes. Este punto resulta un tanto importante y trascendental considerando que Argentina es el único país de América Latina con sentencias a reclusión y prisión perpetua a personas menores de edad.

La motivación del presente trabajo es comprender que más allá de la nefasta idea de la baja de edad de imputabilidad existe hoy en día un Régimen de Justicia Penal Juvenil que no satisface en modo alguno los estándares mínimos de protección y promoción de los Derechos Humanos; traducidos en la incorporación de instrumentos internacionales a la normativa vigente a nivel nacional. Es decir, hoy en día, pese a la espera o no tanto en realidad, de una reforma en cuestiones etarias, existen niños y niñas que son víctimas del sistema represivo del Estado. De todos modos pasaremos a mencionar brevemente algunos motivos en particular de porque no debe bajarse la edad de punibilidad, entendiendo que la discusión forma parte además de lo que venimos desarrollando.

- Regresividad: Uno de los puntos, quizás sea el más importante, para ir en contra de la baja de edad de imputabilidad es la violación al principio de no regresividad y de progresividad: está prohibido regresar a instancias anteriores de la cobertura de un derecho y solo se puede avanzar en dicha cobertura. Haciendo un breve repaso histórico, el Código Penal, sancionado en 1921, establecía la edad de punibilidad en 14 años. Durante el gobierno de Perón, en 1954, se estableció en 16. Luego, durante la última dictadura militar se derogó lo antes establecido volviéndose a la edad de 14 años y creando como ya dijimos el cuestionado Régimen Penal de la Minoridad. En Mayo de 1983, la edad de punibilidad volvió a establecerse en los 16 años. Con esto queremos señalar entonces que pasar a una edad inferior, sean 14 o 15 años, significa un retroceso en los derechos de los niños y niñas.

- La falsa creencia de que solucionará los problemas de inseguridad: En este punto podemos hablar desde diferentes aristas. Por un lado no existe dato alguno que tenga

relación entre delincuencia juvenil / seguridad / inseguridad. Más bien son los medios de comunicación quienes en la mayoría de las veces alimentan la idea de que los delitos siempre son cometidos por personas menores. Por otro lado, muchas veces estos proyectos de reformas vienen acompañados por algún hecho mediático, por reformas legislativas más amplias (como por ejemplo la discusión también de la reforma del Código Penal ) pero sin advertir que las leyes penales no son retroactivas; es decir que con la baja de edad no se resolverá en todo caso el problema de la supuesta inseguridad.

- La creencia de que en definitiva es un bien para el niño/a, ya que les brinda garantías a los mismos. Esto es absolutamente falso; ha quedado más que claro en este trabajo, o ha sido la idea, comprender que un estado penal no soluciona el conflicto y que por el contrario, se requiere de un Estado inclusivo en políticas sociales, económicas, laborales, educacionales, entre otras.

- La inflación punitiva nunca ha sido solución al conflicto. Ni la propia ley sancionada lo es, menos lo será de la mano de las futuras legislaciones que vienen a dar crecimiento legislativo. Es decir, no es necesario la creación de más leyes. Si en todo caso la aplicación y cumplimiento de lo ya sancionado, especialmente las normativas internacionales no incorporadas al Régimen.

- La falsa idea de que una persona de 15 años comprende la criminalidad de sus actos. El ministro de justicia ha declarado en algunos medios de comunicación que una persona de 15 años comprende perfectamente la criminalidad de sus actos. La contradicción es intentar conciliar la idea de que una persona menor de 18 años es un/a niño/a y en ningún momento puede ser racional exigirle a un/a niño/a la comprensión de la criminalidad de un hecho delictivo. Por el contrario, estamos frente a seres en desarrollo, que lo que menos tienen es una consciencia definitiva de si y una aprehensión de las conductas prohibidas/permitidas.

Estamos frente a personas adolescentes que palpablemente no cometen sus hechos ilícitos por no motivarse en la norma sino por cuestiones sociales y posiblemente subjetivas también, que los atraviesan

- Porque el Estado en definitiva no tiene control sobre las instituciones de encierro existentes, por ende, será imposible que pueda lograr tenerlo sobre las futuras que pretenda crear.

- Porque como siempre que hablamos del poder punitivo de un Estado no podemos dejar de lado sus principales caracteres. Se trata de un sistema penal discriminatorio, selectivo y estigmatizante. No persigue a todos por igual sino a los más vulnerables, a quienes menos “esfuerzo” tienen que hacer para caer en sus redes. Una vez “atrapados” entonces se les asigna un rol, se los etiqueta. Y esas personas ya no volverán a ser las mismas luego de atravesar un proceso penal, mucho menos si han pasado por algún tipo de institución total. Son por ende los adolescentes el grupo que se encuentra más expuesto a la llamada criminalización secundaria.<sup>11</sup>

- Porque se están produciendo reformas “para la popular”, es decir, son reformas que dejarían conformen a un cierto grupo social, encarcelando a los pibes y pibas que en definitiva son víctimas de gobiernos neoliberalistas. Es el mismo Estado quien no les asegura las condiciones de vida que deberían tener y el mismo Estado que intenta castigarlos por en definitiva esas mismas causas.

### III. Conclusiones

Concluimos de esta manera este intento de mostrar de manera general, los lineamientos de una posible e inminente

---

<sup>11</sup> Se entiende al proceso de criminalización secundaria la acción punitiva ejercida sobre personas concretas usualmente realizada por la agencia policial de un Estado.

reforma al régimen penal juvenil. Creemos visualizar una veta positiva en el proyecto en tanto adecúa, o intenta hacerlo, el viejo régimen de responsabilidad juvenil con los parámetros internacionales, pero cuidado; esconde ciertos rasgos punitivos alentados probablemente por ciertos sectores sociales, junto con las agencias mediáticas, sumado a la ola de reformas de corte “mano dura”, en un contexto social neoliberal que no brinda las reales oportunidades que requieren los jóvenes como ser vivienda, educación, salud, desarrollo personal, entre un cúmulo de derechos de escaso desarrollo por estos días.

---

## **Procedimiento administrativo y acceso a la justicia de los accidentes y enfermedades del trabajo. A propósito de la sanción de la Ley 27.348 Complementaria de Riesgos del Trabajo<sup>1</sup>**

Administrative procedure and access to justice in occupational accidents and diseases. With regard to the law 27.348 complimentary of work risks

Procedimento administrativo Acidente de trabalho. Doença ocupacional

Procédure administrative et accès à la justice pour les accidents et les maladies liés au travail. Á propos de la sanction de la loi 27.348 Complémentaire Risque de Travail

*Gastón Valente*<sup>2</sup> | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 326-362

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e256>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7575-1568>

Recibido: 17/02/2019

Aprobado: 01/03/2019

---

**Resumen:** En Argentina las primeras normas sobre reparación de los accidentes y enfermedades del trabajo, se instrumentaron a partir de procedimientos administrativos. El proceso judicial especial surgiría muchos años más tarde, y se constituiría entonces como el gran instrumento de efectivización de derechos para los trabajadores accidentados,

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en XLIV Jornadas de Derecho Laboral de la Asociación de Abogados Laboralistas 22, 23 y 24 de noviembre de 2018 Mar del Plata.

<sup>2</sup> Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (2000), especialista en Derecho Laboral y Asesor sindical.

fundamentalmente a partir de creaciones pretorianas, como lo fueron el accidente *in itinere* y la enfermedad – accidente, reconociendo cobertura allí donde la ley lo negaba. Ahora bien, ¿por qué el procedimiento administrativo para los trámites de los accidentes y enfermedades del trabajo, pasó de ser la única herramienta de los trabajadores; para ser utilizado ahora como, el gran instrumento de limitación al proceso y al acceso a la justicia?

**Palabras claves:** procedimiento administrativo. Accidente de trabajo. Enfermedad laboral.

**Abstract:** In Argentina, the first rules about occupational accidents and diseases reparation, were established through administrative procedures. The special judiciary procedure would appear many years later, as the biggest tool to make the workers' rights effective, fundamentally through praetorian creations, such as the accident *in itinere* and the occupational disease, recognizing reparations where the law denied it. And so, Why is it that the administrative procedure for occupational accidents and diseases went from being the only workers' resource, to become the greatest instrument to confine the process and the access to justice?

**Keywords:** Administrative Procedure. Work accident. Occupational disease.

**Resumo:** Na Argentina, as primeiras normas sobre reparação dos acidentes e doenças do trabalho foram instrumentadas a partir de procedimentos administrativos. O processo judicial especial surgiria muitos anos depois, e se constituiria então como o grande instrumento de efetivação dos direitos pelos trabalhadores lesionados, fundamentalmente a partir de criações pretorianas, como foram o acidente *in itinere* e a doença - acidente, reconhecendo cobertura onde a lei o negava. Agora bem, por que o procedimento administrativo para os trâmites dos acidentes e doenças do trabalho passou de ser a única ferramenta dos trabalhadores; para ser usado agora como o grande instrumento de limitação ao processo e ao acesso à justiça?

**Palavras-chave:** Procedimento administrativo Accidente de trabalho. Doença ocupacional

**Résumé:** En Argentine, les premiers règlements sur la réparation des accidents et des maladies professionnelles ont été instrumentés sur la base de procédures administratives. Le processus judiciaire spécial

se présente quelques années plus tard, comme le grand instrument d'effectuation des droits des travailleurs blessés, essentiellement partant de créations prétoriennes, comme l'accident « in itinere » et la « maladie-accident, y reconnaissant une couverture où la loi l'avait nié. Alors ¿pourquoi la procédure administrative pour les procédures des accidents et des maladies du travail, devenue le seul outil des travailleurs, est-elle utilisée maintenant comme le grand instrument de limitation de l'accès à la justice?

**Mot-clés:** Procédure administrative. Accident de travail. Maladie professionnelle.

---

## I. Introducción

En Argentina las primeras normas sobre reparación de los accidentes y enfermedades del trabajo, se instrumentaron a partir de procedimientos administrativos. El proceso judicial especial surgiría muchos años más tarde, y se constituiría entonces como el gran instrumento de efectivización de derechos para los trabajadores accidentados, fundamentalmente a partir de creaciones pretorianas, como lo fueron el accidente in itinere y la enfermedad – accidente, reconociendo cobertura allí donde la ley lo negaba.

Ahora bien, ¿por qué el procedimiento administrativo para los trámites de los accidentes y enfermedades del trabajo, pasó de ser la única herramienta de los trabajadores; para ser utilizado ahora como, el gran instrumento de limitación al proceso y al acceso a la justicia?

Claro está que para poder entender esta mutación histórica del procedimiento administrativo y de la limitación al acceso a la justicia, debemos hacer un somero análisis de la evolución de éste instituto, para llegar así al nuevo diseño normativo de la ley 27.348, y la imposición del agotamiento previo, obligatorio y excluyente de la vía administrativa.

El diseño administrativo originario de la ley 24.557, luego de la desarticulación sufrida por las reiteradas declaraciones de

inconstitucionalidades, resurge ahora con nuevos condimentos a partir de la reforma de la ley 27.348, que no son ingeniosos, sino que utiliza viejos institutos del Derecho Administrativo, que sirvieron en una época y en dicha rama del derecho, para la limitación de la demandabilidad del Estado. Los operadores e intermediarios del sistema imitan así, cierta inmunidad judicial que otrora tenían los Estados.<sup>3</sup>

Por eso consideramos que el nuevo procedimiento administrativo de la ley 27.348, tiene sólo una vocación limitante del acceso a la justicia de los trabajadores accidentados, de acuerdo al pregonado fin político de la reforma, que era la reducción de la litigiosidad. Resultando entonces, una ley regresiva en el ámbito del Derecho Laboral, que contradice principios humanistas y vulnera elementales garantías procedimentales, como lo son el debido proceso y la tutela administrativa efectiva.

En ése sentido trataremos de abordar en nuestro análisis, la incorporación de institutos propios del Derecho Administrativo, como el agotamiento de la vía administrativa, los plazos de caducidad, la cosa juzgada administrativa, y el recurso judicial suficiente. También analizaremos, como cierto sector de la jurisprudencia avala ésta reforma, a partir de sustentar una ya perimida “tesis de la subsanación”, que significa que, no importa cuán grado de vulneración de derechos pueda existir en el procedimiento administrativo ante Comisiones Médicas, si al final del mismo existe un recurso judicial suficiente, para “subsanar” o “convalidar” lo previamente actuado en sede administrativa.

Esto, sin lugar a dudas, encorseta a la Justicia Laboral, y le asigna un mero carácter revisor de lo actuado previamente por la Administración. Resignándose así, las funciones constitucionales de poder jurisdiccional, y violando nuestra constitución y su sistema “judicialista” de resolución de conflictos.

---

<sup>3</sup> Esto es lo que expuse en representación de la CTA de los Trabajadores en el debate de la Ley 27.348 en la Comisión de Trabajo y Previsión en el Senado de la Nación, ver versión taquigráfica del día 23/11/2016 página 16/18.

Finalmente trataremos de demostrar, que en el procedimiento administrativo de la ley 27.348, deben regir las reglas del debido proceso y la tutela administrativa efectiva. Como así también, que si no se cumplen esas garantías mínimas, el procedimiento no puede quedar subsanado con un recurso judicial ulterior, como lo ha expresado cierto sector de la jurisprudencia; ello vulneraría la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), la doctrina legal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) y los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

## **II. Antecedentes del procesamiento administrativo de los accidentes y enfermedades del trabajo**

Señala Cornaglia<sup>4</sup> que la primer ley especial de reparación para accidentes y enfermedades del trabajo, fue la ley 9.085 de 1913 (Indemnización por accidentes de trabajo a obreros del Estado), a partir de un lamentable accidente. Es anterior a la ley 9.688, y constituyó una norma propia del derecho administrativo laboral, que facultaba al poder administrador (y le ordenaba con timidez), “entregar” a las víctimas futuras de hechos similares, el monto de una tarifa para el valor vida y baremo para las incapacidades que reconoció. Fue un ejercicio displicente de un poder soberano dice el autor. Pero la podemos syndicar como la primera ley de procesamiento administrativo de los infortunios laborales en Argentina.

Desde sus orígenes, la CSJN nunca exigió ningún trámite administrativo previo para el acceso a la justicia de los trabajadores accidentados. Ello lo expresó a partir del fallo “Monreal de Lara de Hurtado c. La Nación”<sup>5</sup>. Esta fue una sentencia fundacional en el reconocimiento de la responsabilidad por la actividad riesgosa, que no requieren existencia de conducta culposa en

---

<sup>4</sup> Ver “Una Ley olvidada.” Por Ricardo J. Cornaglia. Número XXI (Julio 2018) de ladefensa.com.ar

<sup>5</sup> Fallos CSJN T CXXIV, p. 329. 1916

lo dañantes, en la cual se planteó el debate si era necesaria pedir la venia legislativa previa que existía en aquel entonces (por ley 3.952), para demandar al Estado empleador. La Corte diría que ello no era necesario, porque el Estado actuaba como empleador, no en el ejercicio del Poder Público. Superándose así uno de los primeros valladares que existían en la época al acceso a la justicia.

Ya a partir de sancionada la ley 9.688 en 1.916, todos los autores coincidirían que era una ley de trámite eminentemente judicial<sup>6</sup>, pero el Poder Ejecutivo reglamentó vía decretos los trámites administrativos, los que para algunos autores constituyeron un evidente exceso reglamentario<sup>7</sup>.

Unos años más tarde, la Provincia de Buenos Aires ya contaba con la ley 4.548 que reglamentó el Departamento Provincial de Trabajo, en la cual se regulaba el procedimiento administrativo para el reclamo de la indemnización por accidentes de trabajo de la Ley N° 9.688. Esta norma exigía, previo al reclamo judicial, un certificado en donde constase que el empleador había negado la indemnización ante la instancia del Departamento de Trabajo. Esta norma fue cuestionada, pero la Corte consideró que la Ley N° 9.688 contenía disposiciones de fondo, que formaban parte del Cód. Civ., pero que el Congreso

<sup>6</sup> “La lectura del texto de la ley dejó siempre en nuestro espíritu el convencimiento de que sus autores no tuvieron el propósito de hacer una ley reglamentaria de condiciones de trabajo, sino una ley declarativa de derechos. No tuvieron la intención, pues de que ella se moviera en lo fundamental en la esfera de lo administrativo, sino en los estrados del poder judicial.” (ver Alejandro M. Unsain en “La Gestión Administrativa en la Ley de Accidentes” en Derecho del Trabajo, año 1945 tomo V, página 351 y ss.)

<sup>7</sup> “No está por la ley facultada la autoridad administrativa para ordenar que un patrón indemnice como accidente un suceso que a su juicio no lo es o cuando estima que el hecho se ha producido por culpa grave o que su actividad no es de las contempladas en la ley o cuando niega la existencia de vínculo contractual con la víctima, etc. Lo que el órgano administrativo necesariamente tiene a su cargo, es la parte que a los hechos se refiere: constatación de los antecedentes del caso, corrección del acta de denuncia, inspección “in situ”, verificación del salario, control de la prestación de asistencia médica y farmacéutica, determinación de incapacidades, etc. En otros términos: a la administración los hechos y al juez el derecho. Creemos que es la buena doctrina.” (ver Alejandro M. Unsain ob. cit.)

no pretendió legislar sobre el procedimiento que cada provincia podía establecer. Por otra parte, el procedimiento administrativo ante el Departamento Provincial del Trabajo, no era objetable pues siempre existía la etapa judicial. El paso administrativo sólo tendía a lograr mayor rapidez y abaratar la gestión de los intereses obreros, según resolvieron los cortesanos<sup>8</sup>.

Ya en 1944, se dicta el Decreto Ley 21.425 que estableció una instancia administrativa obligatoria para el resarcimiento de los accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de la Nación. Esta ley fue contemporánea a la creación por decreto, del Fuero Nacional del Trabajo, por lo que tuvo una muy corta vida. Imponía la obligatoriedad de la intervención administrativa para todos los accidentes de trabajo de jurisdicción nacional, por intermedio de la Dirección de Trabajo, de la flamante Secretaría de Trabajo y Previsión cuyo secretario era Juan D. Perón. La doctrina especializada de la época le salió al cruce al manifestar que “Al acordarse facultades de “jueces de derecho” a las autoridades del trabajo, se rompe el criterio de la división de poderes que informa la Constitución nacional”<sup>9</sup>.

Con la consagración legislativa del fuero del trabajo, unos años más tarde, a través de la ley 12.948 en el ámbito nacional, y la ley 5.178 en territorio bonaerense, ambas jurisdicciones tomaron caminos diferentes. Mientras que en Nación se dictaba el Decreto 1.005 de 1.949, que establecían un trámite administrativo previo al acceso a la justicia a través de las Cámaras de Conciliación y Arbitraje; en Provincia de Buenos Aires se habían organizado los tribunales de trabajo en donde no se preveía un procedimiento

<sup>8</sup> Ver “Antonio Costes c/Andrés Prado” del 19 de junio de 1940, en Fallos 187:83; también “Blas Freijomil c/Cía. de Seguros La Nueva Zelandia” del 24 de febrero de 1943, en Fallos 195:50; se sigue la misma doctrina en Fallos 195:529 y en Fallos 201:135. (citado Tanzi, Héctor J. en “Historia Ideológica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1947) en Revista lusHistoria - Número 1 (2005)

<sup>9</sup> Véase Luis A. Depontín en Derecho del Trabajo, año 1945 tomo V, página 215, Alejandro M. Unsain, en Derecho del Trabajo, año 1945 tomo V, página 351 y ss., J. D. Ramírez Gronda, en Derecho del Trabajo, año 1942 página 58 y ss., y Carlos R. Desmarás, en Rev. La Ley tomo 20 página 380

de instancia inicial administrativo. Es más, se derogó la parte de la ley 4.548 que otorgaba funciones jurisdiccionales a la Secretaría de Trabajo y Previsión en ámbito provincial, por lo que no se requería dar intervención previa obligatoria en los casos de accidentes a órganos administrativos. Al igual que Buenos Aires, pocas provincias siguieron el modelo porteño de incluir una instancia como necesaria y obligatoria previa al proceso judicial, y si lo hicieron, no lo delegaron en un organismo administrativo<sup>10</sup>.

El Decreto 1.005 reglamentando el artículo 5 de la Ley 12.948, establecía los trámites administrativos que correspondían por las denuncias de accidentes de trabajo, que implicaban además, asesoramiento a las víctimas y sus familiares, y en caso de que no se aceptare la liquidación por la cual se culminaba el procedimiento, se debían remitir las actuaciones a la Sección Accidentes del Trabajo del Instituto Nacional de Previsión Social a los efectos de los artículos 9 y 10 de la ley 9.688 esto es, para su cobro y depósito en la Caja de Garantía de la ley de accidentes<sup>11</sup>. Es importante ver las diferencias que existen con el régimen administrativo actual, en donde, ante el vencimiento de los plazos o desinterés del trabajador o su derechohabiente, ahora se pierde el derecho, antes los funcionarios del ministerio debían continuar la acción para su cobro e ingreso de los fondos en la Caja de Garantía.

Los primeros fallos judiciales, no convalidaron ninguna restricción al acceso a la justicia que imponían estas normas reglamentarias. Los más alineados al gobierno de turno decían que a pesar de las buenas voluntades que pudiera expresar la norma, al poner al Estado al servicio del asesoramiento y cobro de las indemnizaciones de los trabajadores, era inconstitucional. Los más enfrentados, entre los que se encontraba cierto sector disidente y gran parte del Poder Judicial tradicional que veía con malos ojos el ejercicio de funciones propias por parte de órganos administrativos, la invalidaron rápidamente.

---

<sup>10</sup> Ver Juan Manuel Palacio "La Justicia Peronista" Siglo XXI 2018

<sup>11</sup> Ver Código del Trabajo anotado Krotoschin y Ratti editorial Depalma, página 364

En un fallo plenario la Cámara de Paz Letrada de la Capital Federal<sup>12</sup>, permitía igualmente el acceso a la vía judicial, incluso con acuerdos firmados, cuando había dicho que “La indemnización establecida por el Dep. Nac. Del Trabajo y aceptada por el obrero, no priva a éste del derecho para reclamar ante la justicia una mayor indemnización”. La jurisprudencia laboral en un principio había sido dubitativa, por ejemplo cuando resolvió que “cuando las partes se someten voluntariamente al decr. 1055/49, las decisiones adoptadas causan instancia y son irrevisables por la vía de acción judicial”<sup>13</sup>. Pero finalmente esta postura de no apertura judicial se dejaría de lado en un fallo plenario laboral, cuando se dijo que: “La opción del trabajador accidentado por el trámite administrativo previsto por el decr. 1005/49, y el dictado de la resolución respectiva, no obsta a que se demande originariamente ante la justicia nacional del trabajo, para revisar la incapacidad allí fijada”<sup>14</sup>.

Al igual que la Justicia de Paz Letrada de la Capital Federal, la Corte que había creado la “doctrina de facto” y se había negado a tomar juramento a los primeros jueces de la Cámara Laboral; esta vez con sentido “republicano”, invalidaba el órgano por el cual se procesaban administrativamente los reclamos laborales en el interior del país. Ello en tanto a días de las elecciones presidenciales, declaraba la inconstitucionalidad del Decreto de Facto 15.074 de creación de la Secretaría de Trabajo y Previsión; allí dijo que con la absorción por parte del Estado Nacional de las secretarías de trabajo provinciales se ha “derogado una ley provincial, ha transformado el organismo provincial en nacional y atribuido a una entidad nacional jurisdicción para conocer en territorio de las provincias sobre cuestiones regidas por la legislación de fondo. La violación de

---

<sup>12</sup> Cámara de Paz Letrada Capital Federal (en pleno) 6/07/45 “Szesza, Juan c/ La Comercial de Rosario (Cía de Seguros) Derecho del Trabajo año 1945 Tomo V página 351

<sup>13</sup> CNTrab., 3º, 30/04/51, Fallos 11-292, ídem 2º 20/2/70, LT 1970-461

<sup>14</sup> CNTrab., en pleno, 19/8/74, LL 156-482. DT 1974-974. LT 1974-1039. DT 1974-667

los principios constitucionales citados es patente. Ni el Congreso nacional hubiera podido hacerlo”<sup>15</sup>

Llegamos así a “Fernández Arias c/ Poggio”<sup>16</sup>. Con una Corte con nuevos integrantes, consecuencia del golpe de 1955, y que ya había insinuado el tema en otro precedente sobre la potestad de la Justicia de revisar lo previamente resuelto en sede administrativa<sup>17</sup>. Si bien en este caso, no refiere la Corte a la tramitación administrativa de accidentes laborales, es de fundamentalmente importancia la sentencia, en tanto se aborda el tema del “control judicial suficiente” de lo actuado en sede administrativa en un supuesto de controversia entre privados. Se trataba el caso, de un conflicto suscitado en el ámbito de las Cámaras de Aparcerías Rurales, las que constituían verdaderos tribunales administrativos, los que resolvían conflictos entre privados (como era el caso de los desalojos de los tamberos medieros, etc.), y que aun agotando la vía administrativa, no se preveía un recurso judicial suficiente. La Corte fue contundente a partir de éste precedente, al admitir que la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos para dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares implica un doble quebrantamiento constitucional ya que si, por una parte, produce la transgresión

<sup>15</sup> Fallos 204-1946 “Cía Dock Sud” 1/02/1946 (ampliar Juan Manuel Palacio ob cit)

<sup>16</sup> Fallos 247:646, 19/09/1960

<sup>17</sup> Fallos 244:548 “López de Reyes c/INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL” 1959 allí se dijo: “la revisión por los jueces no puede entonces quedar reducida... al aspecto que se vincula con la correcta aplicación de las normas jurídicas por el organismo administrativo, sino que, teniendo en cuenta que los procesos judiciales se integran, al menos en una instancia, con la faz ‘de hecho’ y con la ‘de derecho’, esa revisión ha de penetrar el examen de los hechos, aspecto esencial que no puede ventilarse solamente en la órbita administrativa sin que los principios precedentemente expuestos quedasen transgredidos. Que si, como aconteció en esta causa, se dejare exclusivamente en manos de la Administración lo que concierne a la prueba de los hechos, todo agravio legítimo al respecto quedaría fuera del examen judicial, sin que el afiliado tuviese la oportunidad, entonces, de reclamar por la violación de sus derechos ante los órganos que la Constitución prevé a esos efectos. Y es fácil concluir que una indebida fijación de los hechos no puede ser subsanada con una acertada selección de normas jurídicas porque sería equivocado el presupuesto de que entonces se habría partido en el acto de juzgar”

del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo (y, por ende, a los órganos administrativos) el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 CN) por la otra transgrede abiertamente la garantía de la defensa en juicio a la persona y sus derechos (art. 18 CN)<sup>18</sup>. Por ello concluye la Corte que el ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos de la administración, debe estar necesariamente supeditada al control judicial suficiente.

Luego la historia de la evolución del procesamiento administrativo de los siniestros laborales es más conocida. Ya con la sanción de ley 24.557 en 1995, por la cual, utilizando las entonces creadas Comisiones Médicas del régimen previsional (artículo 51 de la ley 24.241), se crea un sistema de intervención de organismos administrativos destinado al procesamiento de los siniestros laborales. En su origen esta norma tenía ínsito todo el andamiaje de desactivación del acceso a la Justicia Laboral, al preverse la instancia administrativa sólo con una ulterior intervención de la competencia federal (art. 46 ley 24.557). Así el Decreto 717/96 pasaría a ser la regulación del procedimiento administrativo ante las Comisiones Médicas, a las que la ley le reconocería facultades cuasi jurisdiccionales en sus artículos 21 y 22, como lo son la de determinar la “naturaleza laboral del accidente o profesional de la enfermedad”, el “carácter y grado de la incapacidad, y el “contenido y alcances de las prestaciones en especie”. Este sistema de procesamiento administrativo de los siniestros, que sólo preveía el acceso directo a la justicia para el supuesto de dolo del empleador (art. 39 inc. 1), fue declarado inconstitucional por la CSJN a partir del precedente “Castillo, Á.S. c/ Cerámica Alberdi S.A.”<sup>19</sup> y subsiguientes.

Coincidimos con lo señalado por Juan Amestoy y Nicolás Menestrina<sup>20</sup> cuando refieren que paradójicamente la Corte

<sup>18</sup> Ver “Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (a propósito del caso “ángel Estrada”)” por Juan Carlos Cassagne

<sup>19</sup> Fallos: 327:3610 de 2004

<sup>20</sup> En “Consideraciones relativas a la ley 27.348” Redea Derechos en Acción Año 2 n° 3 otoño 2017.

Federal nunca declaró frontalmente la inconstitucionalidad de los artículos 21 y 22 de la ley 24.557, ocupándose en forma tangencial del abordaje de la cuestión en “Obregón, Francisco Víctor c/Liberty ART”<sup>21</sup>, cuando resolvió que “la habilitación de los estrados provinciales a que su aplicación dé lugar no puede quedar condicionada o supeditada al previo cumplimiento de una vía administrativa ante “organismos de orden federal”, como lo son las comisiones médicas previstas en los arts. 21 y 22 de la LRT”. La SCBA de la Provincia de Buenos Aires ya había hecho lo propio, a partir de la causa “Quiroga”<sup>22</sup>.

Aún con éstos antecedentes el legislador insistió con el dictado de la Ley 27.348, fortaleciendo nuevamente la instancia administrativa previa, obligatoria y excluyente a toda actuación judicial. reglamentándolo a partir de la Resolución 298/2017.

### **III. Una mirada desde el derecho administrativo. Evolución desde la indemandabilidad, hacia el reconocimiento del acceso a la justicia**

#### ***III.1. Un sistema judicialista***

Dice Cassagne que cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobre entendido la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil, comercial, o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan independencia frente a estos últimos. Continúa sosteniendo el autor que en la vereda opuesta de un sistema judicialista se encuentran los que instrumentan tribunales administrativos<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Causa O. 223. XLIV. Recurso de Hecho de 2012

<sup>22</sup> Causa L. 75.708 de 2003

<sup>23</sup> Ver “El acceso a la justicia administrativa” Ponencia del Seminario Internacional de Derecho Administrativo en Facultad de Derecho del año 2004 Juan Carlos Cassagne

De más está decir que por imperio del artículo 109 de la Constitución Nacional, nuestro país se estructura sobre un sistema judicialista. De allí el desacierto que correctamente le apuntara la Dra. Diana Cañal en su voto en la causa “Herrera Carlos Rubén c/ ART Interacción”<sup>24</sup>, al referir del equívoco del Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Eduardo Álvarez, en la causa “Burghi, Florencia Victoria c/ Swiss Medical ART S.A.”<sup>25</sup>, al pretender aplicar precedentes de la Corte norteamericana, sistema distinto al nuestro en tanto no cuenta con un precepto citado como el artículo 109 que prohíbe al presidente de la nación ejercer funciones judiciales.

Así y todo a partir de “Fernández Arias” nuestro país se las ingenió para admitir tribunales con facultades jurisdiccionales. Ahora bien, el Estado ha ensayado diferentes estrategias jurídicas para mantener el principio soberano de indemandabilidad, lo que condicionó el acceso a la justicia de los administrados. Esto ahora es imitado por la ley 27.348 para limitar la demandabilidad de los responsables en los siniestros laborales y como estrategia para bajar la litigiosidad.

### ***III.2. El agotamiento de la vía administrativa y los conflictos entre privados***

La reclamación y/o agotamiento de la vía administrativa, fue el instituto que sobrevino en el plano del Derecho Administrativo, luego de la eliminación de la venia legislativa. Dice Cassagne que tanto la ley 3.952 como la ley 11.634 prescribieron en el orden nacional el requisito de la reclamación administrativa previa y su denegatoria de toda demanda judicial contra el Estado.<sup>26</sup> En ése sentido, no se podía demandar directamente, sin previamente agotar la vía administrativa, y una vez conseguida la resolución final, comenzaban a correr los plazos

---

<sup>24</sup> Sentencia del 10/10/2017 de la CNAT sala III

<sup>25</sup> Sentencia del 3/058/2017 de la CNAT Sala II

<sup>26</sup> Juan Carlos Cassagne ob cit

de caducidad generalmente breves, los que una vez vencidos, tornaban caduco el derecho a demandar.

A partir de la ley 19.549 de procedimientos administrativos a nivel nacional, se generalizó la regla del agotamiento de la instancia administrativa, pero siempre claro está, referido a la impugnación de actos administrativos. Por eso llamó la atención el diseño del agotamiento de la vía administrativa de la ley 27.348, cuando la controversia que regula, se trata de conflictos entre privados y no ya del cuestionamiento de funciones administrativas del Estado.

También coincidimos con lo expresado por Amestoy y Menestrina<sup>27</sup>, en cuanto a la ubicación del sistema de riesgos del trabajo en el ámbito de la seguridad social, en los términos establecidos por la Constitución Nacional (art. 14 bis), esto es, otorgado por el Estado; el que por haberse permitido la intermediación privada (inconstitucionalmente), en los términos regulados por la ley 24.557, no puede haber nunca cuestionamiento de la función administrativa en el otorgamiento de los beneficios de la seguridad social, porque siempre el conflicto se presenta entre trabajadores y aseguradoras privadas, o empleadores autoasegurados, y en el caso de ser el Estado, cuando éste actúa como empleador no lo hace en el ejercicio de la función administrativa, como ya lo había señalado la Corte primigeniamente en el fallo “Montreal de Lara de Hurtado” antes citado.

El procedimiento administrativo de la Resolución 298/2017, es un trámite que regula generalmente conflictos entre particulares, es decir que no hay en juego el ejercicio de funciones administrativas, con lo cual el agotamiento de la vía administrativa, se torna un requisito innecesario, que generalmente alarga sin sentido el trámite previo a la demanda, demorando consecuentemente los plazos para el trabajador accidentado. En ése sentido ni la propia Ley Procedimientos Administrativos, exige

---

<sup>27</sup> Juan Amestoy y Nicolás Menestrina op cit

el agotamiento de la vía administrativa, si se advierte “la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil” (ver artículo 32 inc. “e” ley 19.549), ni mucho menos cuando se reclamen “daños y perjuicios” (ver artículo 32 inc. “d” ley 19.549), siendo esto doctrina legal vigente de la SCBA al reconocer la demandabilidad directa ante supuestos de responsabilidad del Estado y reclamo de daños y perjuicios<sup>28</sup>. De allí también la inconsistencia de obligar al paso por el procedimiento de la ley 27.348 para el ejercicio de la opción del artículo 4 de la ley 26.773, aun cuando el trabajador decida la reclamación integral de los daños y perjuicios.

### ***III.3. El agotamiento de la vía administrativa no tiene raigambre constitucional y no puede afectar derechos fundamentales***

El agotamiento de la vía administrativa no surge de ningún texto de la Constitución Nacional. En la Provincia de Buenos Aires, sólo se contempla en los casos en que esté en juego “el ejercicio de funciones administrativas”, para “los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa” (ver artículo 166 Constitución Provincial), por lo cual quedan fuera los conflictos entre privados, los que sólo están reservados a los tribunales de justicia (ver artículo 15 y 168 Constitución Provincial).

De allí la desafortunada argumentación en la sentencia “Burghi” cuando se refiere que “no existe norma constitucional alguna que prohíba los trámites administrativos”; claro que no están prohibidos, pero ante los nuevos paradigmas fijados a partir de la reforma constitucional de 1994 en la defensa de los Derechos Humanos, no puede limitarse un derecho básico de todo estado de derecho, como lo es el derecho de acceso irrestricto a la justicia, con una exigencia en muchos casos innecesaria y dilatoria como lo es el agotamiento de la vía

<sup>28</sup> SCBA “Gaineddu” Res. 23-4-2003, causa B.64.553

administrativa. Esto quiere decir que, puede válidamente existir un procedimiento administrativo que tenga por fin efectivizar derechos, pero en modo alguno, éste debe estar orientado a restringirlos, como pareciera ser el caso de la regulación establecida por la ley 27.348.

Por ello decimos, que con la reforma introducida por la ley 27.348, se establecen verdaderos privilegios que otrora eran utilizado por los Estados, y que ahora le son reconocidos a compañías privadas, que intermedias en el otorgamiento de prestaciones a los trabajadores dañados. De allí su improcedencia y su inconveniencia en su mantenimiento.

#### ***III.4. Se deja sin efecto la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria de los dictámenes administrativos***

Pero el perjuicio para los trabajadores es más grande, cuando en el trámite regulado por la Resolución 298/2017, incluso se dejan sin efectos características propias de los actos administrativos en el proceso de impugnación, como lo es la presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, que originariamente tenía regulada la ley 24.557. Esto es, sin importar la interposición de recursos, como puede ser por el propio obligado al pago (la ART), la prestación dineraria igualmente debía ser liquidada.

El principio de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es un principio basal del Derecho Administrativo y de toda actuación del Estado. La ley 24.557, con todas las críticas que se le efectuaron a la misma, por lo menos respetaba éste principio, al no suspender la ejecución de los dictámenes médicos que determinaban incapacidad (que eran verdaderos actos administrativos). Es decir, el principio en el Derecho Administrativo, es el de la no suspensión del acto ante la interposición de los recursos. Este principio se encuentre receptado en el artículo 12 de la ley 19.549, lo que es de toda lógica, mantener el efecto no suspensivo ante la interposición de recursos contra los actos administrativos que tengan ejecutoriedad, máxime cuando nos encontramos ante la obligación

de abonar prestaciones dinerarias, irrenunciables y de carácter alimentario, en la cual el tiempo de su reconocimiento y efectivización, son primordiales.

Lamentablemente, esto no es respetado por el nuevo procedimiento administrativo regulado por Resolución 298/2017. Ello en tanto, si se presenta un recurso contra un dictamen que reconoce incapacidad, o contra un acto que cierra la vía administrativa, el acto se suspende hasta tanto sea resuelto el recurso en sede judicial.

### ***III.5. El agotamiento de la vía administrativa, como limitación al acceso a la justicia***

Venia legislativa, tribunales administrativos, reclamación administrativa previa, plazos de caducidad y “tesis de la subsanación”; son sólo alguno de los institutos que se sucedieron en el tiempo, y que operaron en el plano del Derecho Administrativo como instrumentos para limitar la demandabilidad del Estado. Ahora ésta técnica es copiada por el diseño procedimental de la ley 27.348, para limitar la litigiosidad de los siniestros laborales.

El Derecho Administrativo ha avanzado en la eliminación y/o reducción de éstos institutos, que limitaban injustificadamente el acceso a la justicia, fundamentalmente a partir de las reformas constitucionales que se sucedieron en nuestro país en el año 1994.

Por ejemplo como nos apunta Botassi<sup>29</sup>, los artículos 15 y 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, al establecer como garantía expresa la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la justicia, redujeron el requisito del agotamiento de la vía administrativa a “los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa” según lo determine expresamente la ley. Se invierte el principio, de ser necesario el agotamiento administrativo en todos los casos, a sólo aquellos

---

<sup>29</sup> Ver el “Acceso a la Justicia en el Proceso Bonaerense”, en Revista Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2012. N°6 (Acceso a la Justicia). Pgs.38-52 Carlos A. Botassi

que expresamente los determine la ley. Y yo le agregaría algo obvio pero es necesario recordar para nuestra disciplina, esto rige solo para cuando se encuentren en juego “el ejercicio de funciones administrativas”.

Con lo cual, el agotamiento de la vía administrativa, solo será necesaria, cuando se encuentre en juego el cuestionamiento de las funciones administrativas del Estado, sino sólo es una limitación inconstitucional al acceso a la justicia.

### ***III.6. La caducidad de los plazos y su inconstitucionalidad***

En referencia a los plazos de caducidad que establece el procedimiento regulado por Resolución 298/2017, de 15 días para la interposición del recurso de apelación contra actos del servicio de homologación (art. 16); estos plazos de caducidad, sólo serían constitucionales, si no se afectara la tutela judicial efectiva, y sólo sirvieran para bloquear el acceso a la justicia del trabajador, con un breve plazo, mucho menor a los plazos de prescripción establecidos por las leyes de fondo.

Los plazos de caducidad en el Derecho Administrativo, para muchos doctrinarios, deben reputarse inconstitucionales<sup>30</sup>, en cuanto cercenan el acceso a la jurisdicción, el derecho de propiedad y el derecho a una tutela judicial efectiva (arts. 17 y 18 CN y arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la CN). De otra parte, la circunstancia de aceptar los plazos de caducidad como perentorios y fatales, implica, en nuestro derecho, atribuir a la función administrativa, una certeza y valor de cosa juzgada

<sup>30</sup> Ver CASSAGNE, Juan Carlos, Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado, ED, 45-285 y El plazo de caducidad del art. 25 de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos, ED, 118-377; MAIRAL, Héctor A., op. cit., T° I, p. 380 y ss.; BIANCHI, Alberto B., ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?, LL 1995-A, 397; TAWIL, Guido S., Los plazos para accionar en la instancia contencioso administrativa: primera aproximación, Régimen de la Administración Pública, n° 133, p. 11 y ss., Buenos Aires, 1989 y Administración y Justicia, T° II, p. 178 y ss., ed. Depalma, Buenos Aires, 1993

equivalente a la función judicial, alterando de ese modo, la interdicción prescripta en el art. 109 de la Constitución Nacional<sup>31</sup>.

### ***III.7. La cosa juzgada administrativa sólo limita la revocación de oficio de la Administración, no impide la impugnación y control judicial ulterior***

Del mismo modo, la autoridad de cosa juzgada que se le reconoce a los actos de homologación, ya sea por homologación de “acuerdos”, o por el mero transcurso del tiempo (“silencio”), que regula el artículo 2 inc. “b” tercer párrafo, artículo 4 del Anexo I, y 46 de la ley 27.348; son inconstitucionales, y tiene serias objeciones.

Primero porque afectan el principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo 12 Ley 20.744), y a su vez no puede ser admitido en un régimen que se precia de efectivizar prestaciones “irrenunciables” y de carácter “alimentario” (art. 11 ley 24.557). Segundo porque para los supuestos de silencio, ello no encuadra con lo normado por el artículo 15 de la ley 20.744, en tanto allí se tratan de “una justa composición de derechos e intereses”, no siendo procedente por el mero transcurso del tiempo. Tercero, porque el supuesto de homologación que se establece en el Anexo I, sólo exige al Servicio de Homologación constatar “la libre emisión del consentimiento por parte del trabajador o de su derechohabiente”, recordando que el libre ejercicio de la voluntad se encuentra restringido en el ámbito del Derecho del Trabajo, en tanto el mismo es nulo en cuanto sea para suprimir o reducir los derechos previstos en la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales, esto es, las homologaciones administrativas o judiciales, deben respetar el “orden público laboral”, no la “libre emisión del consentimiento”, por la sencilla razón que al Estado le debe interesar, y a su vez tiene responsabilidad internacional, de que se respeten los derechos humanos basales como son la vida,

---

<sup>31</sup> Ver Juan Carlos Cassagne op cit

salud y seguridad en el trabajo. Y cuarto, porque como bien lo señala Agustín Gordillo<sup>32</sup>, cuando expresa que “la cosa juzgada judicial y la cosa juzgada administrativa no tienen en común, como a primera vista podría parecer, ser ambas cosa juzgada; por el contrario, cosa juzgada en sentido estricto es sólo la que se produce respecto de las sentencia judiciales. Una sentencia judicial que hace cosa juzgada no es ya impugnabile por recurso o acción alguna y no puede ser modificada por otro tribunal; la cosa juzgada administrativa en cambio implica tan sólo una limitación a que la misma administración revoque, modifique o sustituya el acto y no impide que el acto sea impugnado y eventualmente anulado en la justicia”; la cosa juzgada administrativa sólo limita la posibilidad de revocación del acto por la propia Administración, pero no impide su impugnación judicial, sino se estaría reconociendo a la administración la posibilidad de ejercer una función judicial que alteraría la interdicción del artículo 109 de la Constitución Nacional.

### ***III.8. La tesis de la subsanación y el carácter meramente revisor de la justicia***

Así llegamos a la denominada “tesis de la subsanación”, que es la que le asigna a la justicia un mero carácter revisor de lo previamente actuado en sede administrativa.<sup>33</sup>

Esta tesis que por suerte ya ha sido superado por el Derecho Administrativo y la jurisprudencia de nuestro país, refiere a que “no interesa la indefensión sucedida en sede administrativa (prejudicial) si el interesado pudo defenderse ulteriormente ante la Justicia”.

---

<sup>32</sup> Ver “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo II, capítulo VII “Estabilidad e impugnación” Agustín Gordillo

<sup>33</sup> Según refiere Fabián Omar Canda “Al analizar ciertos fallos de la Corte Supr. Que se ocuparon de la garantía de defensa en sede administrativa, Linares dio en llamar “tesis de la subsanación” a la postura observada por el Máximo Tribunal en punto a que no interesa la indefensión sucedida en sede prejudicial si el interesado pudo defenderse ante la Justicia” (Ver capítulo XII “El debido proceso adjetivo. La llamada “Teoría de la subsanación” en “Procedimiento Administrativo” Abeledo Perrot Guido Santiago Tawil, director)

En el caso, no importaría la violación al derecho de defensa en juicio, ni la garantía del debido proceso en los trámites que se suceden ante las Comisiones Médicas, si con posterioridad el trabajador cuenta con un recurso judicial para revisar lo actuado.

La justicia meramente “revisora” o “subsanadora” de los vicios que pudieran haber ocurrido en sede administrativa, actualmente está seriamente cuestionada y dejada de lado. No es lo que se requiere como servicio de justicia en un país democrático, según los estándares del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

Los sistemas judiciales de revisión de la actividad administrativa, dificultan la efectivización de los derechos humanos fundamentales y niegan la garantía del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, según apunta Pablo Octavio Cabral<sup>34</sup>

### *III.9. “Burghi” y la justicia residual*

Llamativamente cierto sector de la jurisprudencia a partir del fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, haciendo suyo un dictamen del por entonces Fiscal General Eduardo Álvarez en la causa “Burghi”<sup>35</sup>; sostiene la constitucionalidad de la ley 27.348, a partir de sustentar la tesis de la subsanación o meramente revisora de la justicia. Reservándole así a la Justicia un mero carácter secundario y residual, en la cual sólo se actúa para subsanar omisiones y siempre y cuando la Administración se lo permita.

Lamentablemente para los defensores de ésta tesis (de la convalidación o subsanación) tenemos malas noticias, en tanto actualmente ello se contradice con la reforma constitucional

<sup>34</sup> Ver “Derecho administrativo” Carlos Alfredo Botassi (director) Pablo Octavio Cabral (coordinador), Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 20017 y Cabral, Pablo Octavio “La justicia administrativa como herramienta para la efectivización de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente en la provincia de Buenos Aires”.

<sup>35</sup> Sentencia del 3/058/2017 de la CNAT Sala II

del año 1994, con algunos textos constitucionales como el de la Provincia de Buenos Aires, con la jurisprudencia de la CSJN y de la SCBA y con los fallos de la Corte IDH. De allí la inconsistencia de la argumentación expresada en la causa “Burghi” cuando refiere que “...la utilización de una instancia administrativa especializada con adecuado control y revisión judicial, ha sido admitida por la jurisprudencia, condicionándolas a la ulterior “revisión judicial suficiente”. Claro que la jurisprudencia que invocan los jueces en “Burghi”, se quedó en lo dicho por la Corte en 1960, en la causa “Fernández Arias”, pero desde entonces ha pasado mucha agua por debajo del puente y esa postura es hoy insostenible jurídicamente.

### ***III.10. “Ángel Estrada” y los límites constitucionales a las facultades jurisdiccionales de la administración***

La Corte retomó nuevamente el debate sobre los tribunales administrativos y el ejercicio de facultades jurisdiccionales por entes administrativos, y si bien no los descalificó totalmente, les impuso nuevas restricciones<sup>36</sup>.

La doctrina de la Corte en el fallo Ángel Estrada y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos<sup>37</sup>, estableció los límites constitucionales de validez del otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos que son: 1) que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador haya sido razonable, 2) que no sea cualquier controversia diferida a órganos administrativos, 3) que la independencia, imparcialidad y razonabilidad de aquellos deben estar aseguradas, y 4) mantuvo lo ya dicho en “Fernández Arias”, en cuanto a que sus decisiones estén sujetas a un control judicial amplio y suficiente.

No nos detendremos a analizar particularmente si el procedimiento de la Resolución 298/2017 y las facultades jurisdiccionales ejercidas por las Comisiones Médicas, cumplen con

---

<sup>36</sup> Ver “Las Comisiones Médicas Jurisdiccionales” Rubinzal - Culzoni Editores de Daniela Favier

<sup>37</sup> Fallos Corte: 328:651 del 2005

éstos 4 requisitos establecidos por la CSJN, ello ya ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina especializada (como es el caso de Gialdino, Schick, Formaro, entre otros).

Sí nos adentraremos en lo apuntado por Formaro<sup>38</sup>, en cuanto critica que en “Burghi” no se hace ninguna alusión al procedimiento (res. 298/17 SRT). Si se está analizando la validez del sistema, esto es, la concreta mecánica que asume en el caso particular de este régimen la garantía de la defensa en juicio, esto debió haberse analizado.

Queremos detenernos puntualmente en este requisito no desarrollado tampoco expresamente por la CSJN en “Ángel Estrada” pero que sí surge de otros precedentes, como es, el respeto al “derecho de defensa y la garantía del debido proceso” en sede administrativa. Esto que se ha dado en llamar, la tutela administrativa efectiva<sup>39</sup>

### ***III.11. “Astorga Brach” y la tutela administrativa efectiva***

La pregunta que deberíamos formularnos a esta altura es ¿rige la garantía del debido proceso y la tutela administrativa efectiva en el ámbito del procedimiento administrativo, o para invocar ésta garantía debemos esperar al proceso judicial ulterior?

Esto que la doctrina ha dado en llamar la “tutela administrativa efectiva”, fue incorporado expresamente en algunos textos constitucionales en 1994, como es el caso del de la Provincia de Buenos Aires, que en su artículo 15 expresamente reconoce “la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial”.

<sup>38</sup> Ver “Análisis de las sentencias de la CNAT sobre el control constitucional del procedimiento de la ley 27.348” Doctrina Laboral y Previsional - Errepar - N° 389 - Enero/2018, p. 35 Juan J. Formaro

<sup>39</sup> Ver “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva. Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ‘Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - Decreto N° 310/98 s/ amparo Ley N° 16.986”, en Revista Digital, Res Pública Argentina, RAP, Buenos Aires, 16, junio de 2014 Nro.: 343 pp. 317-330 Canosa, Armando N.

También fue incorporado vía artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en relación a las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2° inc. 3° aps. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

¿Puede sostenerse jurídicamente una argumentación como la esbozada en “Burghi” en cuanto a que la instancia administrativa es válida en tanto esté condicionada a su ulterior revisión judicial? ¿Por qué la justicia debe esperar a un control ulterior, cuando los textos constitucionales y los tratados de derechos humanos nos mandan garantizar la tutela administrativa efectiva y continua?

La CSJN aludió por primera vez a la “tutela administrativa efectiva” en la causa “Astorga Bracht Sergio y otro v. Comfer-decreto 310/1998 s/ amparo ley 16.986”<sup>40</sup>. Sostuvo allí que la disposición impugnada era violatoria del artículo 18 de la Constitución Nacional y de diversas normas contenidas en tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, “en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva”<sup>41</sup>.

En éste caso, la corte cita la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención

---

<sup>40</sup> Fallos 327:4185 del 14/10/2004

<sup>41</sup> Ver Diario Administrativo Nro 160 - 04.07.2017 “Tutela Administrativa Efectiva. Sus bases constitucionales y convencionales” Por Marisa Bibiana Caruso

Americana sobre Derechos Humanos, 2° inc. 3° aps. a y b, y 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Sostuvo que la garantía mencionada, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (Fallos: 310:276 y 937; 311:208) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada (Fallos: 310:1819).

Lo que reconoce la Corte a partir de éste fallo, es que la tutela administrativa efectiva debe existir, tanto en la etapa de formación de la decisión administrativa como en la faz impugnatoria y previa a la instancia judicial. Es decir, no se garantiza sólo el derecho al debido proceso con la existencia de un recurso judicial ulterior; sino que en los procedimientos administrativo, y mucho más en los que se ejercen facultades jurisdiccionales, se deben respetar las garantías del debido proceso.

En el fallo se consagra el derecho del particular a obtener un pronunciamiento en sede administrativa y, por ende, en la obligación de la Administración de resolver por medio de decisiones -actos administrativos- dictada previo tránsito por un procedimiento administrativo conducido en legal forma (Art. 7° inc. d) ley 19.549).

Esta jurisprudencia fue mantenida por la Corte pese a sus cambios de miembros, en tanto fue confirmado posteriormente en fallos como “Losicer”<sup>42</sup>, “Bonder Aaron”<sup>43</sup> y también en “Cepis”<sup>44</sup>,

<sup>42</sup> Causa “Losicer, Jorge Alberto y otros”, Fallos: 335:1126 del 2012

<sup>43</sup> Causa “Bonder Aaron”, CSJN del 19/11/2013. Ver también “Garantías del debido proceso en procedimientos administrativos. Plazo razonable” por Lucía Magalí Rozenberg, portal Infojus

<sup>44</sup> Causa “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” (Expte. N° FLP 8399/2016/CS1)

cuando se anuló un procedimiento de fijación tarifaria, al no haberse respetado el procedimiento de audiencias públicas, método a través del cual se efectiviza el “derecho a ser oído” que reconoce el sistema interamericano<sup>45</sup>.

De modo que, el criterio de convalidar cualquier procedimiento administrativo, con la única condición de garantizarse un recurso judicial ulterior suficiente sostenido a partir de “Fernández Arias c/ Poggio”, al cual se suscribe totalmente a destiempo en “Burghi”, no forma parte de la jurisprudencia vigente de la CSJN, contradice los textos constitucionales y los tratados de Derechos Humanos.

Además de la jurisprudencia de la Corte, es doctrina legal de la SCBA, en cuanto a que “las instancias administrativas deben respetar los mismos principios que las instancias judiciales (derecho de defensa)”<sup>46</sup>. O cuando refiere a la vigencia de la “tutela judicial continua y efectiva y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo y judicial”<sup>47</sup>. Para ser categórica al decir que “circunscribir el análisis de la impugnación de los actos que dictan los colegios profesionales a su “legalidad”, sin permitir al afectado plantear una amplia revisión de los hechos en los que se basan, se halla en pugna con principios y garantías de primer orden, como son el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva y la inviolabilidad de la defensa en juicio”<sup>48</sup>.

#### **IV. La ley de procedimientos administrativos, la ley de riesgos del trabajo y el debido proceso**

La ley 19.549, que regula en el ámbito nacional el procedimiento administrativo, expresamente reconoce las garantías

<sup>45</sup> Ver al respecto “Audiencias públicas y debido proceso administrativo. Algunas reflexiones sobre el fallo “CEPIS” por Mauricio Goldfarb en ED N° 14.037 Año LIV 12/09/2016

<sup>46</sup> Causa SCBA “Fiscalía de Estado c/Capra” del 2013

<sup>47</sup> Causas SCBA “Bymo” 1996, “Alvarez” 2013, “Cepeda” 2015 y “Gómez” 2016 entre otras

<sup>48</sup> Causa SCBA “Colegio de Bioquímicos” del 2008

del debido proceso en todo procedimiento administrativo. Que comprenden: a) el derecho a ser oído, que quiere decir el derecho de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas. B) el derecho a ofrecer y producir pruebas, que significa el derecho de ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio. c) el derecho a una decisión fundada, que implica que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

La ley 24.557 menciona solo dos veces la garantía del “debido proceso”, lo hace en su artículo 21 inc. “5” cuando establece que: “En lo que respecta específicamente a la determinación de la naturaleza laboral del accidente prevista en el inciso a) del apartado 1 de este artículo y siempre que al iniciarse el trámite quedare planteada la divergencia sobre dicho aspecto, la Comisión actuante, garantizando el debido proceso, deberá requerir, conforme se establezca por vía reglamentaria, un dictamen jurídico previo para expedirse sobre dicha cuestión. (Apartado incorporado por art. 11 del Decreto 1278/2000). También lo menciona en el procedimiento de enfermedades no listadas, cuando expresa en el artículo 6 inc. 2. B) II cuando expresa que “La Comisión Médica Jurisdiccional sustanciará la petición con la audiencia del o de los interesados así como del empleador y la ART; garantizando el debido proceso, producirá las medidas de prueba necesarias y emitirá resolución debidamente fundada en peritajes de rigor científico.” (El subrayado me pertenece).

La ley 27.348 no menciona a la garantía del debido proceso en todo su articulado, y la Resolución 298/2017 sólo lo hace en su exposición de motivos y en el artículo 36 cuando establecen el patrocinio letrado obligatorio, a los fines de garantizar “el debido proceso legal”.

Es decir, sin perjuicio del escaso espacio que se le da a la garantía del debido proceso en la regulación de los trámites administrativos ante Comisiones Médicas, lo cierto es que para la ley 27.348 y su reglamentación, es un requisito que se debe garantizar en instancia de Comisiones Médicas, por lo cual no puede escapar a nuestro análisis si se cumple con dicha garantía en dicha instancia procedimental administrativa.

## **V. La tutela administrativa y el debido proceso según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

Además de los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y del 14 inc. 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son pilares centrales los artículos 8° y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

Los arts. 8° y 25 de la CADH consagran las garantías mínimas del debido proceso. El citado art. 8 titulado “Garantías Procesales” establece que “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Por su parte, el art. 25 -nominado “Protección Judicial” prevé que “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución,

la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

La CIDH se ha pronunciado sosteniendo que los arts. 8° y 25 de la CADH consagran las garantías mínimas del debido proceso, entendido éste como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos”. En efecto, “se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal”. Es decir, el sistema interamericano no se ciñe al principio “judicialista” sólo exige que cualquiera sea el organismo del Estado que ejerza funciones jurisdiccionales, debe respetarse la garantía del debido proceso.

De ello se desprende que los Estados, deben asegurar el respeto de estas garantías del debido proceso reconocidas en la CADH en los distintos procedimientos en que cualquier órgano estatal, ya sea administrativo, legislativo o judicial, dicte decisiones sobre la determinación de los derechos y obligaciones de las personas.<sup>49</sup> Con lo cual, el procedimiento administrativo ante las Comisiones Médicas, debe respetar la garantía de la tutela administrativa efectiva, con los alcances que le reconoce la Corte IDH.

---

<sup>49</sup> Ver al respecto “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Competencia”, sentencia del 31/1/2001, párr. 55; “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2/2/2001, párr. 124; “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 6/2/2001, párr. 102; entre otros

### ***V.1. ¿Qué garantías de la tutela administrativa efectiva y del debido proceso son aplicables al procedimiento administrativo de las Comisiones Médicas?***

Siguiendo a Pablo R. Toledo<sup>50</sup>, el Sistema Interamericano tiene garantías que son aplicables a todo tipo de proceso o procedimiento (penal, civil, fiscal, laboral, etc.), como son las de los artículos 8.1<sup>51</sup> y 25<sup>52</sup>; y otras que son más bien de tipo penal y están reguladas para supuestos de “inculpación de un delito”, como lo son las del artículo 8.2<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Ver “El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” Ad-HOC. Ver también “Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, Abeledo Perrot, de Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

<sup>51</sup> El artículo 8. Garantías Judiciales. Dice en su inciso 1: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

<sup>52</sup> El artículo 25. Protección Judicial dice: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.- 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

<sup>53</sup> El artículo 8. Garantías Judiciales. Dice en su inciso 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Ahora bien, a partir de la interpretación muy activa de la Corte IDH, muchas de las garantías de tipo penal que establece el artículo 8.2, se consideran extensibles para ser aplicadas a todo tipo de procesos o procedimientos, incluidos los no penales, pero se deben analizar bien las garantías en tanto por querer extender una garantía que es reconocida exclusivamente a personas humanas, podemos terminar favoreciendo a otros sujetos no especialmente protegidos en otras ramas del derecho y así vulnerar otros derechos fundantes de dicha rama. Como sería por ejemplo, al garantizar la “doble instancia” con recursos con efectos suspensivos, a una aseguradora de riesgos del trabajo, en tanto la garantía procesal va a ser utilizada más bien como dilación en el pago de las prestaciones, que en la búsqueda de la aplicación efectiva del derecho que le asiste.

En ése sentido ¿cuáles serían las garantías que podemos invocar, que resultan aplicables al procedimiento ante Comisiones Médicas regulados por la Resolución 298/2017?

a) Derecho a ser oído con las debidas garantías (principio de igualdad procesal o igualdad de armas, bilateralidad y contradicción, y resolución motivada) (art. 8.1 y 225 CADH); b) Derecho a obtener una resolución en un plazo razonable (art. 8.1 CADH); c) Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente; d) independiente e imparcial (art. 8.1 CADH); e) Derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa (art. 8.2 inc. “c” CADH); f) Derecho de defenderse personalmente y a ser asistido por un defensor de su elección (art. 8.2 inc. “d” y “e” CADH); g) Derecho de ofrecer y producir pruebas (art. 8.2 inc. “f” CADH); h) Derecho de no declarar contra sí mismo (art. 8.2 inc. “g” CADH); i) Derecho de recurrir la decisión (art. 8.2 inc. “h” CADH)

## ***V.2. Algunas violaciones a la tutela administrativa efectiva y al debido proceso que se producen en el trámite ante las Comisiones Médicas***

Son muchas las violaciones en las que se incurre en el procedimiento que debe seguir obligatoriamente un trabajador accidentado o enfermo por causas laborales, antes de poder acceder a la justicia.

No voy analizar aquí las violaciones al artículo 99 inc. 2 de la Constitución Nacional, en cuanto se ejercita el poder reglamentaria por normas de menor jerarquía que los Decretos del Poder Ejecutivo; ni la asunción de facultades ni delegaciones en cuanto a creación de comisiones médicas, reasignación de competencias y modificaciones al procedimiento que se realizan mediante normas de menor rango, en muchos casos modificando leyes o decretos; la asignación de “superpoderes” al Superintendente de Riesgos del Trabajo; ni las adhesiones provinciales al régimen nacional, en cuanto requiere la delegación expresa a la jurisdicción administrativa nacional de poderes propios que se encuentran impedidos de ser otorgados sin previa reforma constitucional; ni la imparcialidad e independencia de los órganos que ejercen facultades jurisdiccionales, en el caso las Comisiones Médicas; siendo ellos, todos puntos suficientemente abordados por la doctrina especializada.

Trataré de enfocarme sobre el resto de las garantías del debido proceso, que rigen en todo procedimiento administrativo, y que a nuestro criterio son inobservadas en el procedimiento regulado por la Resolución 298/2017.

a) El **derecho a ser oído** con las debidas garantías. Se trata de un derecho básico que consiste en el derecho de exponer la pretensión y de ser escuchado, antes de la emisión del acto administrativo que pone fin al procedimiento. Por ejemplo en el caso de las Comisiones Médicas, sería nulo un dictamen médico que se emitió, sin antes dar oportunidad de ser oído el trabajador. En el diseño de la Resolución 298/2017, por ejemplo en el procedimiento de “Determinación de la incapacidad”

(art. 4°) no se contempla oportunidad procesal de presentación alguna para el trabajador, ya que la presentación sólo la hace la ART o empleador autoasegurado, no se prevé posibilidad de traslado, sólo se cita al trabajador a la audiencia, y lo único que se le permite en ejercicio de este derecho, es optar sobre la competencia de la Comisión Médica (art. 5) y ofrecer prueba (art. 7). Esta omisión no queda subsanada con el derecho de presentar el alegato (art. 8) en tanto este sólo refiere a hacer mérito sobre la prueba ofrecida y no se equipara a una exposición de la pretensión y una defensa de la misma. Se vulnera ésta garantía, cuando la comisión médica se niega a recepcionar presentaciones por escrito, porque no se adecúan a sus normas reglamentarias, o cuando exige para la presentación de los mismos con el abogado en forma presencial, cuando el letrado puede firmar la presentación y no es necesario que se encuentre presente al momento de su inicio, mientras la ART puede enviarlo por ventanilla electrónica. Hay que recordar que en todo procedimiento administrativo rige el principio de informalismo en favor del peticionante, que tiende a garantizar que las peticiones articuladas por particulares en sede administrativa no serán obstaculizadas por defectos de índole formal. Este principio se encuentra expresamente contemplado en el artículo 1° inc. “c” de la ley 19.549. En estos puntos el procedimiento administrativo podría ser impugnado por inconstitucional por omisión de un requisito esencial de ser oído, lo que en modo alguno podría subsanarse con el recurso judicial ulterior.

b) El derecho a ser oído, comprende también **el derecho de igualdad procesal o de armas**, que no implica que la administración sea un “árbitro” imparcial que al final convalida el resultado. Sino que se encuentra obligado a impulsar el procedimiento y remover los obstáculos que cada una de las partes tengan durante el curso del mismo, para lograr la tan ansiada igualdad procesal. En el caso del procedimiento ante Comisiones Médicas, la desigualdad entre las partes es notoria, por ejemplo, mientras una parte se encuentra adherida al sistema de ventanilla electrónica (ART) y puede compulsar

todo el expediente, la otra no (trabajador) y no puede tomar vista ni controlar los estudios ni las pruebas que se incorporan. Esto es de suma gravedad porque también vulnera el principio de bilateralidad y contradicción del procedimiento. En todos los procedimientos administrativos ante las Comisiones Médicas, existe esta desigualdad procedimental manifiesta. Lo que se suma a la desigualdad ontológica, como lo expresa María Paula Lozano<sup>54</sup>, la que se expresa en la relación laboral que se profundiza ante el infortunio del trabajo, ya que es la parte más débil –el trabajador- quien sufre una minusvalía en su integridad psicofísica, con lo cual dicha asimetría estructural se traslada –agravándose- a la relación que debe mantener con la aseguradora de riesgos del trabajo.

c) El derecho a ser oído también comprende **el derecho a obtener una resolución motivada**. Nuestra forma republicada de gobierno y el correcto ejercicio del derecho de defensa, nos obligan a motivar (fundamentar) los actos administrativos. Esto es una exigencia que imponen todas las leyes de procedimiento y fue un requisito exigido en los fallos de la CSJN resaltados supra. Este es un tema que pocos se han detenido, pero tanto la ley nacional 19.549 (art. 7 inc. “e”), como la ley provincial 7647 (art. 108), establecen como requisito esencial la motivación del acto administrativo. En el caso del procedimiento de la Resolución 298/2017, no establece éste requisito ni para los dictámenes, ni para los actos del titular del Servicio de Homologación. Los únicos requisitos que establece la norma son los de “notificación” a los interesados y la constatación de la “libre emisión del consentimiento”.

d) El **derecho a ofrecer y producir pruebas** es fundamental para el ejercicio del derecho de defensa. Si bien las Comisiones Médicas prevén la posibilidad de ofrecer prueba desde la primera presentación y hasta la fecha de la audiencia

---

<sup>54</sup> Ver “Reforma de la Ley de Riesgos del Trabajo: veinte años no es nada. Volver a las inconstitucionales comisiones médicas” Revista de Derecho Laboral 2017 - 1 Actualidad Rubinzal - Culzoni. María Paula Lozano

(art. 7) lo cierto es que es limitado el ofrecimiento de prueba. Por ejemplo no hay medios para ofrecer ni producir prueba pericial en higiene y seguridad, no se establecen las reglas de la producción de la prueba, como por ejemplo como se va a interrogar a un testigo, cuáles son los testigos excluidos, etc.

e) El **derecho a obtener una resolución en un plazo razonable**, es una garantía que en su momento se resaltó como positiva en relación a los tiempos que tiene actualmente la resolución de un caso en la justicia. Ahora bien, el breve plazo de 60 días prorrogables por 30 días más, no podría traer problemas. Con lo cual esta garantía se cumpliría. Pero con la puesta en marcha de la totalidad del sistema, incluida nuevas adhesiones provinciales, vemos que los plazos perentorios no se están cumpliendo, por lo cual se puede invocar la violación de ésta garantía (al plazo razonable) ante dicho incumplimiento, agotando así la vía y accediendo a la justicia.

f) **Derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial**. Sin extendernos demasiado, en tanto éste tema ya fue suficientemente abordado por la doctrina<sup>55</sup>, lo cierto es que las Comisiones Médicas, forman parte de la administración activa, por lo cual no tienen independencia ni imparcialidad suficiente con uno de los poderes del Estado (Poder Ejecutivo) el que tiene vedada la actuación jurisdiccional. También es relevante el hecho de la financiación, en tanto una de las partes en conflicto financia la casi totalidad de las Comisiones Médicas. Lo cual demuestra su falta de imparcialidad. A su vez los integrantes de la Comisión Médica, carecen de la garantía de estabilidad en sus cargos, lo que es otro elemento que conspira contra su falta de imparcialidad. Para el sistema interamericano, el órgano competente, no necesariamente debe ser “judicial”, pero sí debe tener como requisito *sine qua non*, ser independiente e imparcial.

---

<sup>55</sup> Ver “Breves apuntes sobre algunas inconstitucionalidades de la ley 27.348. Delegación de facultades provinciales reservadas Comisiones Médicas y Comisión Médica Central” material inédito que resume exposición en el Senado Provincial La Plata 23/08/2017 por Rolando Gialdino.

g) **Derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa**, esta si bien es una garantía penal, es extensible a cualquier tipo de procedimiento. En el caso de las Comisiones Médicas, se vislumbra claramente la falta de tiempo con cuentan los trabajadores para ensayar estrategias para su defensa. Véase a modo de ejemplo que el recurso judicial según el artículo 16 de la Resolución 297/2017 es de sólo 15 días.

h) **Derecho de defenderse personalmente y a ser asistido por un defensor de su elección**, que también es una garantía penal que resulta extensible a otras materias. Es una garantía fundamental para el correcto ejercicio de la técnica de la defensa. En el caso de las Comisiones Médicas, se exige el patrocinio letrado. Y cuando el trabajador no cuenta, se le suministra uno en sede de la Comisión Médica, el que se desconoce cuál su versación y capacitación, en muchas Comisiones Médicas hay sólo un letrado disponible, por lo que las posibilidades de elección se reducen mucho para los trabajadores. Este es un tema muy delicado, en cual muchos abogados, más que ejercer una acción de control y asesoramiento, simplemente acompañan a los trabajadores, para que arreglen “a lo que dé”, por lo que los abogados pueden ser un instrumento para el asesoramiento, o meros acompañantes para convalidar todo lo actuado en sede administrativa, y así impedir el contralor judicial.

i) El **Derecho de no declarar contra sí mismo** es una garantía penal que es válidamente extensible al procedimiento por otras materias, como lo es ante Comisiones Médicas. Acá vemos que muchas “anamnesis”, que son el conjunto de datos, que recabados por el médico en la audiencia de revisión, terminan siendo los elementos centrales de fundamentación del dictamen. Esto vulnera las garantías constitucionales.

j) El **derecho de recurrir la decisión** (art. 8.2 inc. “h” CADH). Acá hay algunos cuestionamientos, sobre quiénes pueden invocar la garantía. Por ejemplo es sólo una garantía para personas humanas, no para sociedades, con lo cual las

ARTs no la pueden invocar, como recurso para la dilación en el procedimiento.

## VI. Colofón

En el procedimiento administrativo establecido por la ley 27.348 y su reglamentación efectuada mediante Resolución 298/2017, no se respetan las garantías mínimas del debido proceso, ni el derecho de defensa. Razón por la cual, al ser ésta una vulneración grave, en tanto las normas reconocen, que la tutela administrativa efectiva es un derecho fundamental exigible en el ámbito de los procesos administrativos, máxime cuando ejercen funciones jurisdiccionales; ante la violación de estas garantías, se configuraría una tacha de nulidad en el procedimiento, que no puede esperar a ser impugnado o subsanado con el control judicial ulterior, sino que debería permitirse la asunción del control judicial en forma inmediata y sin dilaciones.

No nos oponemos a la existencia de procedimientos administrativos, es más, la complejidad actual de la cuestión, amerita que el Estado arbitre los mecanismos necesarios para la efectivización de los derechos. Sabemos que el proceso judicial sólo da respuestas a una porción menor de afectados en sus derechos por accidentes y enfermedades del trabajo, por lo cual el procedimiento administrativo con garantía plena del debido proceso, mientras que no se constituya en un obstáculo para el ejercicio de otros derechos fundamentales, podría ser una contribución importante, cuando no, un cumplimiento de una obligación convencional del Estado, que en última instancia es, la de garantizar el acceso a la jurisdicción y la realización de la justicia.

---

## Novedades legislativas

*Eduardo Baldi*<sup>1</sup> | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 363-378

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e257>

ORCID: [orcid.org/0000-0003-3933-2611](https://orcid.org/0000-0003-3933-2611)

---

### Nación

#### **Ley Nº 27.482. Reforma al Código Procesal Penal Federal**

La mencionada norma introduce modificaciones a la Ley 27.063, sancionada en 2014. Esta reforma está orientada a modernizar los mecanismos de persecución penal de los delitos federales a través de la incorporación de herramientas para la investigación de ilícitos complejos como el narcotráfico, hechos de corrupción, trata de personas y crimen organizado.

El nuevo Código incorpora las leyes de Flagrancia, del Colaborador Eficaz, de Técnicas Especiales de Investigación, de Responsabilidad Penal Empresaria y de Ejecución de la Pena, sancionadas en los últimos años. También instaura el sistema adversarial o acusatorio que se caracteriza por una distinción de tareas que asegura un proceso más equilibrado y diferencia claramente la función de conducir la investigación (a cargo del fiscal) de la función de juzgar (responsabilidad del juez), por lo que los fiscales asumen un rol preponderante.

Se prevé que la instrumentación de la ley tomará más de cuatro años ya que se aplicará progresivamente en las jurisdicciones del norte del país, luego en las del sur y finalmente en las del centro.

---

<sup>1</sup> Abogado, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

### **Ley N° 27.486 Crea una contribución extraordinaria en cooperativas y mutuales**

La norma crea una contribución extraordinaria, de carácter transitorio, sobre el capital de cooperativas y mutuales que desarrollen actividades de ahorro, de crédito y/o financieras y de seguros y/o reaseguros.

La medida alcanzará a las cooperativas regidas por la ley 20.337 y sus modificaciones y las mutuales reguladas por la ley 20.321 y sus modificatorias, que tengan por objeto principal la realización de las actividades financieras mencionadas. Y regirá por los 4 primeros ejercicios fiscales que se inicien a partir del 1° de enero de 2019.

### **Ley N° 27.488 Incorpora 188 barrios populares a la ley para regularizar el dominio**

Esta ley incorpora nuevos anexos a la Ley 27.453 de “Régimen de Regularización Dominial para la Integración Sociourbana”, a fin de incorporar 188 barrios a los 4.228 ya identificados y relevados en el RENABAP (Relevamiento Nacional de Barrios Populares).

En este sentido, los habitantes barrios incorporados -de todo el territorio argentino- podrán normalizar la situación accediendo al título de propiedad de la vivienda y a la parcela que ocupan.

### **Ley N° 27.489. Creación de Cédula Escolar Nacional**

A través de esta norma, se estableció un dispositivo informático que realizará un seguimiento del desempeño de los alumnos desde que ingresan al sistema educativo hasta que egresan, a fin de prevenir la deserción.

### **Ley N° 27.491. Control de enfermedades prevenibles por vacunación**

La, promulgada normativa, autoproclamada de orden público, regula en 36 artículos la implementación de una política pública de control de las enfermedades prevenibles por vacunación,

actividad que es declarada de interés nacional y considerada como bien social.

### **Ley N° 27.498. Modificación de la Ley de Pasta Celulosa y Papel para diarios**

Deroga los artículos 20, 21, 24, 25, 26, 27, 40 y 41 de la Ley 26.736 de Pasta Celulosa y Papel para Diarios. Los mencionados artículos establecían el deber publicar para conocimiento de las empresas compradoras y de la Comisión Bicameral de Seguimiento de la Fabricación, Comercialización y Distribución de Pasta Celulosa y de Papel para Diarios el stock total y disponible (en forma diaria), la capacidad de producción máxima y la producción estimada de manera trimestral y el precio único contado de venta de papel para diarios a la salida de planta.

Además dentro de los artículos derogados se incluye lo establecido en el régimen de inversiones que disponía que los fabricantes de pasta celulosa y de papel para diarios deberán comprometer una proyección de capacidad a 3 años en función de los programas de inversión que van a llevar adelante.

Dentro de las modificaciones relevantes, se establece que no se podrán modificar, por el término de 10 años, los derechos de importación del papel de pasta celulosa para diario y de papel de diario que rigen en la actualidad, fijados en el 0%.

Y por último formula la posibilidad de ofrecer descuentos a los compradores de grandes cantidades como también la posibilidad de plazos de pago donde el costo superior por financiamiento no podrá establecer tasas de referencia mayores a las que pagan, con financiamiento similar, las empresas accionistas de Papel Prensa S.A.

### **Ley N° 27.499. Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres Poderes del Estado**

La normativa busca capacitar en forma obligatoria y sensibilizar a quienes integran los diferentes estamentos del Estado a los fines de dar cumplimiento a un deber que asumió el país al

firmar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, (“Belém do Pará”).

En el ámbito del Poder Ejecutivo la autoridad de aplicación será el Consejo Nacional de las Mujeres y el Ministerio de Modernización. En un plazo de 30 días contados a partir de la promulgación de la norma deberán hacer lo mismo el Poder Judicial y el Poder Legislativo.

La normativa lleva el nombre de Micaela García la joven de 21 años que fue asesinada en Gualeguaychú en abril de 2017. Su asesino y violador, Sebastián Wagner, tenía antecedentes de ataques sexuales. Fue condenado a prisión perpetua por el crimen.

### **Ley N° 27.500. Restablece la obligatoriedad de los fallos plenarios y deroga las Cámaras Federales de Casación**

La norma sancionada, restablece la obligatoriedad de los fallos plenarios en la Justicia Nacional y Federal, como también, deroga las Cámaras Federales de Casación (Contencioso Administrativo Federal, la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social, y la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial) que se habían creado, a través de la ley 26.853, en el marco de la “Democratización de la Justicia” del entonces gobierno de Cristina Fernández de Kirchner en 2013.

### **Decreto N° 1170/2018. Reglamenta impuesto a las Ganancias. Impuesto por los plazos fijos en pesos y por la compraventa de dólares**

Incorpora todas las modificaciones legales que se hicieron al tributo entre ellas la creación del impuesto a la renta financiera para los argentinos residentes.

### **Decreto N° 1201/2018 Establece un impuesto a la Exportación de Servicios**

Fija hasta el 31 de diciembre de 2020, un derecho de exportación del 12% a las prestaciones de servicios. No podrá exceder

de \$4 por cada dólar del valor imponible determinado. Por tanto, a partir de ahora tributarán cualquier trabajo profesional sin relación de dependencia realizada en el país a título oneroso y cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el exterior.

### **Decreto N° 1/2019. Modifica bases imponibles a los vehículos de lujo**

La norma eleva en \$1.400.000 el piso a partir del cual los vehículos automotores deberán pagar el impuesto interno del 20% a los “autos de lujo”, de \$380.000 en el caso de motocicletas y \$1.250.000 en el caso de embarcaciones deportivas y recreo.

### **Decreto N° 54/2019. Anticipación de las elecciones 2019 para las personas procesadas que estén en prisión preventiva**

La norma establece que luego de analizar la situación “se concluye la conveniencia de celebrar en forma anticipada el proceso mediante el cual este universo de votantes ejerce sus derechos electorales”.

En esa misma línea, argumenta que de esta manera se permitirá a las autoridades electorales y a las agrupaciones políticas participantes contar con mayores posibilidades para disponer de todos los recursos materiales y humanos necesarios para atender a los requerimientos que supone la realización de elecciones en los centros de detención, resolviendo de este modo el alto nivel de demanda que supone atender a estas exigencias junto a todas las normalmente derivadas de la jornada electoral.

Los electores emitirán el sufragio entre 7 y 12 días antes de las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias y entre 7 y 12 días antes de las elecciones nacionales de conformidad con el procedimiento establecido en el presente decreto.

Las autoridades penitenciarias que se encuentren cumpliendo funciones el día de los comicios no podrán emitir su voto en tales establecimientos.

## **Decreto (de Necesidad y Urgencia) N° 58/2019. Habilita al sector privado a participar de la industria satelital**

Este DNU, introdujo cambios en la Ley de Desarrollo de la Industria Nacional y habilitó la participación de prestadores de Servicios de Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC) de carácter regional o local, públicos o privado en las frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación de Servicios de Comunicaciones Móviles.

El Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) asignará en forma directa a la Empresa Argentina de Soluciones Satelitales Sociedad Anónima AR-SAT las frecuencias que requiera para el cumplimiento de sus fines. Asimismo, con el objetivo de “generar condiciones de competencia y promover el desarrollo regional” gestionará su otorgamiento a otros sectores. La norma prevé que dicha participación no podrá ser menor al 20% de las frecuencias indicadas en el documento anexo a la norma.

“En materia de Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es política del Gobierno Nacional promover la competencia, facilitando el despliegue de redes por los prestadores de estos, para lograr mayor conectividad y brindar mejores prestaciones a los consumidores”, argumenta el DNU. Además, agrega que los marcos jurídicos modernos deben establecer condiciones normativas para una competencia equilibrada y sostenible.

En esa misma línea, fundamenta que es necesario maximizar la utilización de los recursos radioeléctricos destinados a la prestación de servicios de telecomunicaciones mediante esquemas flexibles y dinámicos. También, destaca que el tráfico de datos de los servicios móviles se duplica año a año y que para acompañar ese crecimiento, mientras se despliega más infraestructura, es necesario periódicamente poner a disposición espectro a fin de que sea asignado a los distintos prestadores con el objeto de acompañar el crecimiento de la demanda y asegurar la calidad del servicio.

## **Decreto (de Necesidad y Urgencia) N° 62/2019. Régimen procesal de la acción civil de Extinción de Dominio**

Entre sus argumentos justifica el uso del DNU debido a que el proyecto de ley lleva más de dos años de trámite legislativo sin resolución, *“por lo que urge otorgar a la Justicia herramientas eficaces para desfinanciar a las organizaciones criminales y resguardar el patrimonio estatal”*. Es por eso que considera que se verifican las circunstancias excepcionales que permiten su sanción por esta vía.

Este régimen persigue proveer al Ministerio Público Fiscal de instrumentos jurídicos idóneos para lograr de manera eficaz, la intervención del Estado con el objeto de obtener la extinción del dominio a su favor del dinero, cosas, bienes, derechos u otros activos, ganancia, provecho directo o indirecto que se hubiera obtenido de manera injustificada, provocando un enriquecimiento sin causa lícita.

Cinco puntos claves que establece la norma:

1) La Procuración General de la Nación contará con una Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado Nacional con facultades para realizar investigaciones de oficio así como colaborar con la identificación y localización de bienes que pudieran provenir de alguno de los delitos enumerados por la norma en los casos que así lo dispongan los fiscales intervinientes en esas investigaciones. Deberán presentar las demandas e impulsar las acciones de extinción de dominio previstas en el régimen. Podrá requerir información a todas las áreas del Estado Nacional así como a entidades públicas y privadas.

2) Los fiscales intervinientes deberán informar a la Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado Nacional, el inicio de todas aquellas actuaciones en las que pudieran existir bienes que, directa o indirectamente, provengan de alguno de los delitos enumerados por la norma. Cuando la Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado Nacional tenga elementos que permitan considerar que un bien proviene directa

o indirectamente de alguno de los delitos descriptos, podrá requerirle al fiscal interviniente que solicite el dictado de las medidas cautelares que estime necesarias para asegurarlo a los fines de la acción de extinción de dominio y que aún no se hubieran decretado.

3) La parte demandada tiene la carga probatoria de demostrar que el o los bienes y derechos objeto de la acción de extinción de dominio, se incorporaron a su patrimonio con anterioridad a la fecha de presunta comisión del delito investigado o el origen lícito de los fondos con los que los hubiera adquirido.

4) La sentencia firme hará cosa juzgada respecto de los bienes o derechos involucrados, con independencia del resultado de cualquier otra acción judicial. La sentencia firme de sobreseimiento o absolución dictada en sede penal, fundadas en la inexistencia del hecho investigado o en que dicho hecho no encuadra en una figura legal, obligará al Estado Nacional a restituir el bien o derecho a su anterior poseedor o titular o, de resultar imposible, entregarle un valor equivalente en dinero.

La sentencia que haga lugar a la acción de extinción de dominio deberá ordenar la subasta de los bienes y, una vez deducidos los gastos incurridos para su localización y secuestro, administración y mantenimiento y demás costos procesales, su producido ingresará a rentas generales de la Nación salvo cuando exista una asignación específica establecida en las leyes.

5) El Ministerio Público Fiscal podrá desarrollar programas de colaboración de personas que aporten información relevante para las investigaciones que lleve adelante la Procuraduría de Extinción de Dominio a favor del Estado Nacional, fijando como compensación un porcentaje que no podrá exceder del 10% de los bienes cuyo dominio se declare extinguido como consecuencia de la información aportada por el colaborador. A tal efecto, en cualquier instancia informará al juez a cargo del proceso, la existencia de uno o más colaboradores, cuya identidad será preservada, con el objeto de que la sentencia incluya dicha compensación.

### **Decreto N° 67/2019 Declara la Emergencia Hídrica del Noroeste Argentino y el Litoral**

La medida abarca aquellos sectores del territorio abarcado por las regiones del Noroeste Argentino (NOA) y el Litoral de la República Argentina que determine el Consejo Nacional para la Gestión Integral del Riesgo y la Protección Civil, por el término de 180 días.

La medida se adoptó como consecuencia de los desbordes de cursos de agua en dichas regiones, a raíz de las precipitaciones acaecidas durante el presente mes, las que, conforme se expone en los considerandos, fueron de una magnitud sin precedentes que superaron los registros históricos.

### **Decreto (de Necesidad y Urgencia) N° 92/2019. Transforma la Secretaría de Deportes en la Agencia de Deporte Nacional.**

Además, se la dota de plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran en asignación y los que adquiera en el futuro por cualquier título a nombre del Estado Nacional. Tendrá su sede principal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

### **Decreto N° 128/2019. Reducción de los aportes patronales para 47 ramas de la agricultura industrial**

El Poder Ejecutivo Nacional, dispuso la reducción de aportes patronales para beneficiar a sectores PYME de las economías regionales.

La medida alcanza a unas 47 ramas de la agricultura industrial y eleva el mínimo no imponible pleno de la contribución patronal a \$ 17.509,20 mensuales por trabajador.

### **Decreto (de Necesidad y Urgencia) N° 145/2019. Establece límites para la antigüedad de la flota pesquera**

La norma establece que a partir del 1° de enero de 2040 las embarcaciones habilitadas para realizar tareas de pesca

deberán tener una antigüedad inferior a 40 años desde su fecha de construcción.

### **Decreto N° 171/2019. Reglamenta la Ley 27.412 de Paridad de Género en Ámbitos de Representación política**

La ley fue sancionada en 2017. El objetivo de la medida es garantizar mediante acciones positivas *“la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios”*, tal como se ordena en el artículo 37 de la Constitución Nacional.

*“El principio de paridad de género consagrado por la Ley N° 27.412 se entiende como la conformación de listas integradas por candidatas y candidatos de manera intercalada, en forma alterna y consecutiva, desde la primera o el primer titular hasta la última o último suplente, de modo tal que no haya dos personas continuas del mismo género en una misma lista”*, establece la reglamentación. En ningún caso se permitirá la participación en las elecciones primarias de una lista que incumpla con la integración paritaria de género.

Además, si un precandidato o precandidata o un candidato o candidata oficializado u oficializada falleciera, renunciara, se incapacitara permanentemente o fuera inhabilitado por cualquier circunstancia antes de la realización de las elecciones Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias (PASO) o de las elecciones generales, será reemplazado por la persona del mismo género que le sigue en la lista.

Por último, la norma prevé que *“el género del candidato o candidata estará determinado por el sexo reconocido en el Documento Nacional de Identidad vigente al momento del cierre del padrón electoral, independientemente de su sexo biológico o, en su defecto, constancia de la rectificación del sexo inscripta en el Registro Nacional de las Personas”*.

### **Decreto N° 182/2019. Reglamenta la Ley de Firma Digital**

A través de la norma, el Gobierno estableció las especificaciones para su utilización. *“La creación de un clima de*

*confianza en el entorno digital es esencial para el desarrollo económico y social, por lo que resulta conveniente reforzar la confianza en las transacciones electrónicas en nuestro país”, argumenta la norma.*

**Resolución N° 4/19. Agencia de Acceso a la Información Pública. Establece los criterios orientadores de la Ley de Protección de Datos Personales**

Así lo dispuso la mencionada agencia que aprobó los criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas en la aplicación de la Ley N° 25.326, de Protección de Datos Personales. Dichos criterios versan sobre el Derecho de acceso a datos personales recolectados mediante sistemas de video vigilancia, Tratamiento automatizado de datos, Disociación de datos, Datos biométricos y Consentimiento.

**Resolución N° 1/19 de la Secretaría de Promoción, Protección y Cambio Tecnológico del Ministerio de Producción y Trabajo. Crea el Registro de Mujeres Aspirantes a Choferes de Colectivo (REMACC)**

Dicho registro, se encuentra bajo la órbita de la Dirección de Protección e Igualdad Laboral, en el ámbito específico de la Comisión Tripartita Para la Igualdad de Oportunidades

La medida busca garantizar el cupo del 30% de mujeres desempeñándose como choferes de colectivos. Las empresas deberán informar sobre las contrataciones realizadas.

**Resolución 59/19 del Instituto Nacional de Semillas. Reglamenta la Ley de cultivo de Cannabis con fin medicinal**

Por medio de la misma, se reglamentó la implementación de la Ley N° 27.350 que tiene por objeto establecer el marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados.

## **Provincia de Buenos Aires**

### **Ley N° 15.074. Declara personalidad destacada post mortem a Diana Sacayán**

Así lo dispuso la Legislatura bonaerense por su aporte a los derechos humanos. La activista fue asesinada en el 2015 y en el juicio se aplicó la figura de travesticidio

### **Ley N° 15.077. De endeudamiento para el ejercicio 2019**

Consiste en autorizar a la gestión gubernamental a tomar deuda por 68.500 millones de pesos en los mercados y también acudir a organismos multilaterales de crédito.

### **Ley N°15.078. Presupuesto para el ejercicio 2019**

Contempla gastos por 929.000 millones de pesos y hace hincapié en la obra pública.

### **Ley N°15.079. Impositiva para el ejercicio 2019**

Prevé un incremento del 38% para el impuesto inmobiliario, tanto urbano como rural. Se trata del segundo aumento de ese tributo durante el 2018, aplicable al 2019.

### **Ley 15.100. Desarrollo de actividades deportivas conforme identidad de género**

La norma consagra el derecho a realizar actividades deportivas conforme a la identidad de género, resultando discriminatoria toda acción u omisión que impida el libre desarrollo de las actividades en razón al género auto percibido de la persona deportista, para lo que se contemplarán sanciones a clubes, ligas, asociaciones y federaciones deportivas, a aplicar por el Instituto Bonaerense del Deporte, autoridad de aplicación de acuerdo a la Ley n° 12.108.

A los fines de la registración, inscripción, participación y competición en el marco de las actividades deportivas, se entenderá por género a aquel que fuera auto percibido por la persona deportista.

**Ley N° 15.101. Prórroga la declaración de emergencia en materia de seguridad pública y de política y salud penitenciaria en todo el territorio de la provincia de Buenos Aires**

Prorroga por un año, la emergencia en las citadas materias, dictada por la Ley N° 14.806 de enero de 2016.-

**Ley N° 15.104. Declara al 2019 como el “Año del centenario del nacimiento de Eva María Duarte de Perón”**

Dispone que toda la documentación oficial de la Administración Pública Provincial, deberá llevar una leyenda alusiva.

Por otra parte, determina que el Poder Ejecutivo realizará acciones tendientes a rememorar, destacar y reflexionar junto a la comunidad académica y estudiantil, sobre el legado político, social y cultural de Eva María Duarte de Perón; haciendo principal hincapié en su labor a favor de la inclusión social, en su papel activo en la proclamación de los derechos laborales y sociales, y en su lucha por los derechos de las mujeres.

**Ley N°15.105 Creación del Colegio de Profesionales de la Higiene y Seguridad en el Trabajo**

La entidad creada, controlará el ejercicio profesional de la actividad en el territorio bonaerense y tendrá su domicilio real y legal en la ciudad de La Plata. También legalizará y certificará dictámenes e informes producidos por los matriculados.

**Ley N° 15.109. Modifica la prohibición de venta, expendio o suministro minorista a cualquier título, y la entrega a domicilio de bebidas alcohólicas**

A partir de la sanción de la norma, se modifica la ley N° 11825, en relación al expendio de bebidas alcohólicas para ser consumidas fuera del establecimiento donde se realice la venta.

La modificación alcanza al período comprendido entre el 1° de diciembre y el 30 de abril de cada año, que será desde las 23 hs. hasta las 10 hs. Para el resto del año, permanecen el horario de las 21hs. hasta las 10hs.

### **Decreto N° 43/2019. Nueva reglamentación de la Ley N°13.951 de Mediación**

La norma que reglamenta la mediación como método alternativo para la resolución de conflictos en el ámbito bonaerense, argumenta que es necesario modificar la reglamentación realizada por el Decreto 2530/10 que estaba vigente hasta el momento, con el objetivo de optimizar la eficacia del proceso de mediación y garantizar el acceso a la justicia.

Uno de los cambios más significativos consiste en que la regulación de honorarios para los mediadores pasará a ser en pesos en vez de en ius.

Se establecen sumas fijas y se prevén pautas mínimas para determinar la retribución: por ejemplo, prevé \$2500 para los asuntos en que se encuentran involucrados montos hasta la suma de \$40.000.

### **Decreto N° 59/2019. Deroga por completo la reglamentación establecida en 2016, incorpora el Subsistema de Contrataciones del Estado al Sistema de Administración Financiera del Sector Público de la Provincia, y determina que la Autoridad de Aplicación de la Ley N° 13.981, será la Contaduría General de la Provincia**

### **Decreto N° 131/2019. Reglamenta el régimen de subsidios para obras públicas en municipios bonaerenses**

Se deroga el Decreto N° 693/07 y reglamenta el Artículo 39 de la Ley 15.078 de Presupuesto 2019, por el cual se creó un régimen especial de ayuda financiera, destinado a la ejecución, total o parcial, de obras municipales.

### **Resolución N° 692/2018 del Ministro de Economía. Determina coeficientes de coparticipación de Municipios**

Dicho Ministerio, en su carácter de autoridad de aplicación de la Ley n° 10.559, aprobó la modificación de los coeficientes de coparticipación de los municipios de dicha provincia, que regirán a partir del 1 de enero de 2019.

Para su determinación, entre otros parámetros, se utiliza la información referida a la población, al caudal turístico, a la capacidad potencial absoluta y per cápita de los Municipios por la recaudación de tasas que le son propias.

Dentro de los municipios que mayor coparticipación reciben se encuentran Merlo (3,52599), Malvinas Argentinas (3,23633), La Plata (2,88611), Lomas de Zamora (2,37942) y General Pueyrredón (2,26341).

### **Resolución Conjunta 39/2019 del Directorio del Organismo de Control de la Energía Eléctrica (OCEBA)**

Habilita a empresas eléctricas a trasladar la pérdida por inflación a las tarifas. El Directorio del Organismo de Control de la Energía Eléctrica (OCEBA), a través de la citada Resolución autoriza a los distribuidores provinciales EDELAP S.A., EDEN S.A., EDES S.A. y EDEA S.A. y a los distribuidores municipales a incluir en sus facturas el concepto “Incremento de Costos Tarifarios (ICT)”.

### **Resolución N° 24/2019 del Ministerio de Agroindustria. Suspende la aplicación de fitosanitarios en zonas de la Provincia de Buenos Aires**

Luego de la aplicación de la Resolución n° 246/18 que habilitaba el uso de fitosanitario en lotes contiguos al área urbana, zona residencial extraurbana, área de población dispersa, márgenes de cursos de agua, establecimientos educativos, entre otras, el Ministerio de Agroindustria dictó su similar n° 24/19 por la que prohíbe el uso en lotes que lindan con establecimientos educativos, campos de bombeo y cursos de agua; y, suspende la vigencia de la Resolución N° 246/18 por el término de un 1 año para optimizar las condiciones de operatividad con los Municipios que permita su implementación.

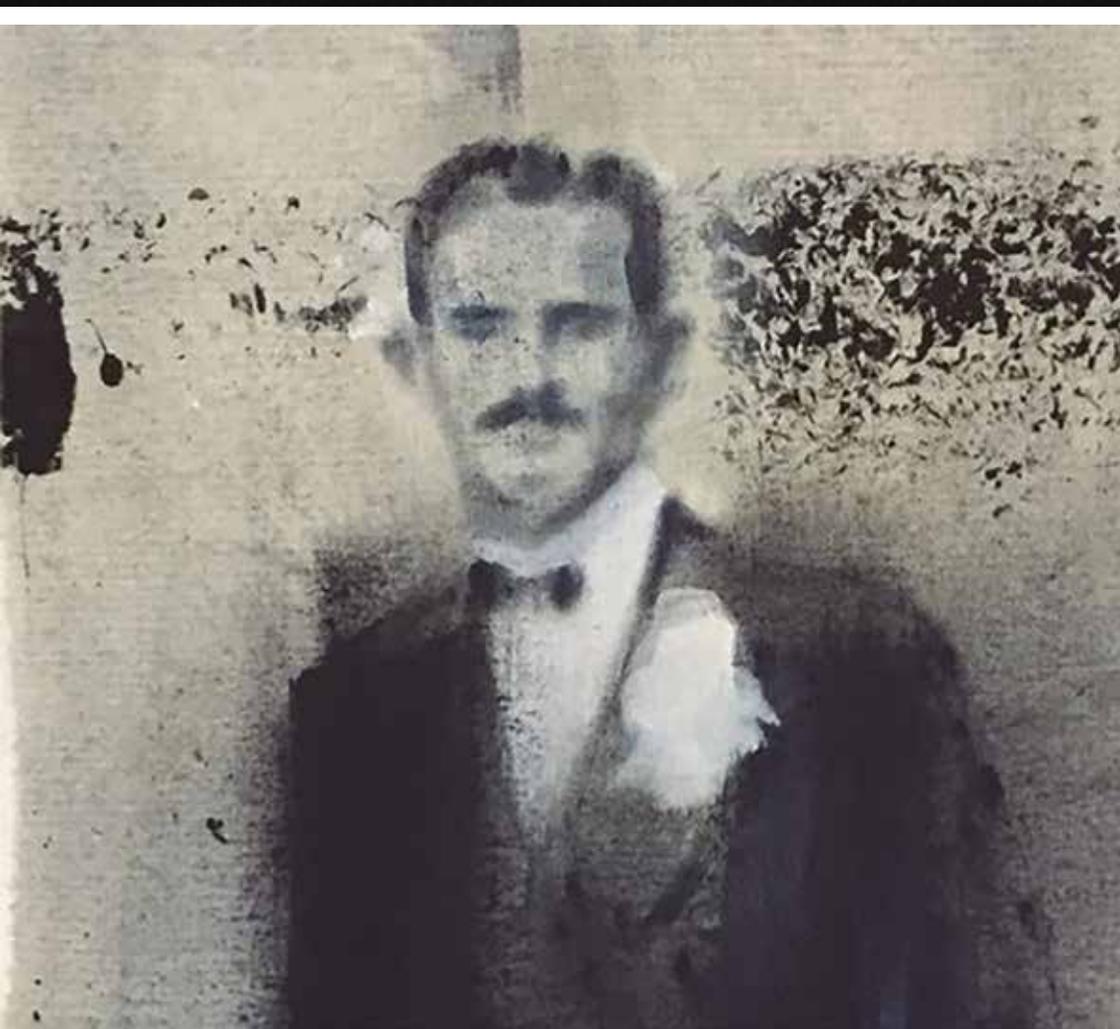
*Esta sección se realiza gracias al invaluable aporte de Palabras del Derecho:*

*www.palabrasdelderecho.com.ar*

*Instagram: palabrasdelderecho*

*www.facebook.com/palabrasdelderecho/*

*Twitter: @palabrasdelderecho.*



| COMENTARIO A JURISPRUDENCIA |

## En aquel tiempo

En aquel tiempo, mi padre criaba patos y gallinas.  
En el gallinero también había cerdos, cuises y conejos.  
Y hasta llegó a haber faisanes de exóticos colores.

Durante el día, las gallinas y los patos salían a la calle  
–mi padre había hecho un pequeño agujero en la pared–  
y se paseaban alegremente por el vecindario.

Cuando llovía, las zanjas no alcanzaban a evacuar el agua  
y la calle, que era de tierra, se convertía en laguna.  
Los patos tenían, entonces, el control del mundo.

Todos sabían que los patos y las gallinas pertenecían a mi padre  
y nadie osaba tocarles una pluma. Sólo si los gitanos,  
con su costumbre de asediar lo ajeno,

rondaban alguna vez por las inmediaciones,  
mi padre salía de prisa a reclutar las aves  
y no volvía a soltarlas hasta que aquéllos se marcharan.

En aquel tiempo, siempre venía mucha gente a mi casa.  
Como buen anfitrión, mi padre mataba dos o tres patos o gallinas  
e invitaba a comer y a beber a las visitas.

Cuando mi padre murió, las gallinas y los patos  
no tardaron en seguir su ejemplo y el gallinero quedó deshabitado.  
El progreso, entretanto, iba llegando clamorosamente.

Ahora la calle está asfaltada, las veredas tienen cordón,  
hay drenajes para la lluvia en las esquinas  
y, como los viejos vecinos, somos menos felices.

(De *Un arte invisible*, 2016)

Autor: César Cantoni

Arte de la portada: **Mauricio Andrés Valenti**  
Serie **Inmigrantes migrados 2019**

---

## El fallo “SIPOBA c. Ministerio de Trabajo”: Seis errores teórico-conceptuales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su impacto en la libertad sindical

The “SIPOBA c. Ministry of Labour” sentence: Six theoretical-conceptual errors of the Supreme Court of Justice of the Nation and its impact on freedom of association

A sentença “SIPOBA c. Ministério do Trabalho”: Seis erros teórico-conceituais do Supremo Tribunal de Justiça da Nação e seu impacto sobre a liberdade de associação

Le jugement “SIPOBA c. Ministère du Travail”: Six erreurs théoriques et conceptuelles de la Cour suprême de justice de la nation et leur impact sur la liberté syndicale.

*Jorge Afarian*<sup>1</sup> | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 381-394

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e258>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9350-2768>

Recibido: 05/01/2019

Aprobado: 20/02/2019

---

**Resumen:** En el presente trabajo señalaremos los errores teórico-conceptuales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “SIPOBA c. Ministerio de Trabajo s/ley de asociaciones sindicales” en materia de

---

<sup>1</sup> Abogado y Docente. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Becario Doctoral UBACyT, financiado por la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Ciencias Sociales del Trabajo. Miembro del Proyecto de Investigación UBACyT: “*La reforma constitucional argentina de 1949: alcances del constitucionalismo social argentino en perspectiva transnacional*”, a cargo de la Dra. Leticia J. Vita. C. e.: [jorge.afarian@gmail.com](mailto:jorge.afarian@gmail.com).

limitación de derechos colectivos laborales. Abordaremos críticamente sus fundamentos y conclusiones, contribuyendo a la discusión respecto de las maniobras argumentativas que posee la nueva composición del Máximo Tribunal en materia coercitiva de derechos fundamentales laborales, desviando el tratamiento de temas de gran importancia y estableciendo criterios que abonan sensibles restricciones de derechos. Adoptaremos un estilo que mezcla lo ensayístico con la doctrina jurídica, buscando una mayor agilidad en la lectura y entendimiento de temas de gran importancia.

**Palabras claves:** Corte Suprema de Justicia de la Nación - Fallo - Errores - Derechos colectivos laborales

**Abstract:** In this work, we will point out the theoretical-conceptual errors of the Supreme Court of Justice of the Nation in the ruling “SIPOBA c. Ministry of Labour s/ Trade Union Associations Act” in matters of limitation of collective labor rights. We will critically approach its foundations and conclusions, contributing to the discussion regarding the argumentative maneuvers that the new composition of the Supreme Court has on the coercive matter of labor fundamental rights, diverting the treatment of issues of great importance and establishing criteria that pay sensitive restrictions of rights. We will adopt a style that mixes the essay with the legal doctrine, seeking greater agility in reading and understanding of issues of great importance.

**Keywords:** Supreme Court of Justice of the Nation - Sentence - Errors - Collective labor rights

**Resumo:** No presente trabalho, apontaremos os erros teórico-conceituais do Corte Suprema de Justiça da Nação na sentença “SIPOBA com Ministério do Trabalho sobre lei de associações sindicais”, em matéria de limitação de direitos coletivos de trabalho. Abordaremos criticamente seus fundamentos e conclusões, contribuindo a discussão sobre as manobras argumentativas que tem a nova composição da Suprema Corte sobre a matéria coerciva dos direitos fundamentais do trabalho, desviando o tratamento de questões de grande importância e estabelecendo critérios que carregam restrições sensíveis de direitos. Adotaremos um estilo que mescle o ensaio com a doutrina jurídica, pesquisando a maior agilidade na leitura e entendimento de questões de grande importância.

**Palavras-chave:** Corte Suprema de Justiça da Nação - Decisão judicial- Erros - Direitos coletivos de trabalho.

**Résumé:** Dans ce travail, nous soulignerons les erreurs théoriques et conceptuelles de la Cour Suprême de Justice de la Nation dans le jugement « SIPOBA c. Ministère du Travail s/ loi des associations syndicales » en ce qui concerne la limitation des droits collectifs du travail. Nous aborderons de manière critique ses fondements et ses conclusions, en contribuant à la discussion sur les manœuvres argumentatives que la nouvelle composition de la Cour suprême a sur la question coercitive des droits fondamentaux du travail, bases qui détournent le traitement de problèmes d’une grande importance, en établissant des critères restrictifs des droits. Nous adopterons un style qui mélange l’essai avec la doctrine juridique, en recherchant d’agilité en la lecture, et de compréhension de questions d’une grande importance.

**Mot-clés:** Cour suprême de justice de la nation - Jugement - Erreurs - Droits collectifs du travail

---

## I. Tendencias regresivas actuales en materia de derechos laborales

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha modificado su composición en reiteradas oportunidades los últimos años, y esta cuestión no es un tema menor, especialmente en el tema que nos ocupa. En efecto, la historia de esta sentencia comienza en 2012, cuando los jueces eran siete: Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda, Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Carmen Argibay, Enrique Petracchi y Eugenio Zaffaroni.

Luego de la muerte de Argibay y Petracchi en 2014 y la renuncia de Zaffaroni a finales del mismo año, sólo contábamos con Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti, por lo que fueron estos magistrados los encargados de presidir la Audiencia Pública celebrada el 13 de agosto de 2015.

Finalmente, en 2017 (año en que se dicta el fallo bajo comentario), con una composición de cinco jueces se dicta la

sentencia definitiva, esta vez con dos nuevos magistrados designados por decreto del Presidente Mauricio Macri en diciembre de 2016, luego confirmados por el Senado Nacional en 2016: Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti.

Esta sentencia trata la sindicación o agremiación de las FASP (siglas de “Fuerzas Armadas, de Seguridad y Policiales”), su vinculación con el convenio 87 de la OIT y el derecho interno argentino, analizando las razones por las que se les está vedada la constitución y el reconocimiento de sindicatos, contribuyendo a la discusión sobre la legitimidad de tales limitaciones.

El fallo “Sindicato Policial de la Provincia de Buenos Aires (SIPOBA) c. Ministerio de Trabajo s/ley de asociaciones sindicales”, fue dictado el 11 de abril de 2017. Criticaremos brevemente los principales fundamentos, conclusiones y aparentes “olvidos” del voto mayoritario, en particular lo atinente al derecho internacional del trabajo y su relación con el derecho constitucional argentino.

La tendencia limitativa de derechos laborales colectivos de la nueva composición de la Corte Suprema no es una novedad. Muy por el contrario, el Tribunal Supremo ha establecido que sólo los sindicatos estatalmente reconocidos pueden ejercer el derecho fundamental de la huelga en el fallo “Orellano Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A s/juicio sumarísimo” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia O. 93. XLIX. RHE, 2016).

En escasas páginas, la Corte limita severamente la titularidad del derecho de huelga, sólo a los sindicatos simplemente inscriptos (aquellos que no poseen la personería gremial) y a los sindicatos con personería gremial. Ahora bien, ¿qué sucede con los grupos “informales” de trabajadores que no poseen reconocimiento administrativo por parte del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación? Simplemente no están habilitados para agremiarse.

De este modo, el Estado se atribuye una facultad de enorme trascendencia, porque es indispensable su reconocimiento

institucional para que cualquier grupo de trabajadores (ahora sindicato simplemente inscripto) pueda ejercer un derecho que es incluso anterior e independiente de la existencia o no de una asociación sindical.

Pero no nos detengamos demasiado en esta sentencia. Sólo diremos que, en el mismo sentido a la que analizaremos en este breve comentario, la Corte utiliza las diversas fuentes del derecho (convenios de la OIT, tratados internacionales, doctrina y literatura especializada sobre la temática, leyes nacionales, entre otras), sólo en los pasajes y párrafos que justifican su doctrina restrictiva de derechos colectivos laborales. En el caso de “Orellano” es el derecho de huelga, y en el caso “SIPOBA”, es el derecho de constituir sindicatos y su reconocimiento institucional por parte del Ministerio.

Creemos que la interpretación de la libertad sindical en la presente sentencia, en particular de los convenios 87 y 98 de la OIT, con el juego de nuestra Carta Magna (Const. 1994, art. 14bis), limita el alcance de las mencionadas normas internacionales hasta casi diluirlas, aseverando que hay “clases” de trabajadores y trabajadoras a los que en lo sustancial se les está vedada la capacidad de bregar por sus derechos laborales mediante asociaciones gremiales.

## II. Fundamentos del voto mayoritario

A principios de abril de 2017, la Corte Suprema de Justicia ha denegado, por mayoría, la inscripción gremial, con la pérdida de todos derechos sindicales que ello implica, del Sindicato Policial de la Provincia de Buenos Aires<sup>2</sup>. Los votos mayoritarios fueron de los Ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz, mientras que la disidencia estuvo compuesta por los votos de Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti.

En esta oportunidad, nos detendremos sólo en la decisión de la mayoría, puesto que consideramos es la que cuenta con

---

<sup>2</sup> Es la primera vez que la CSJN se expide respecto de la sindicación de las fuerzas policiales.

errores conceptuales, metodológicos, y hasta temáticos, que invalidan su razonamiento y la consiguiente resolución del caso. Lo dicho es aún más curioso debido a que, el 13 de agosto de 2015 se celebró una Audiencia Pública en el seno de la Corte Suprema, y de los fundamentos expuestos y las opiniones de los Ministros, podía inferirse una solución favorable a una ley de Parlamento que posibilite el ejercicio de los derechos gremiales por parte de las FASP.

La mayoría sustentó su decisión, en primer lugar, en la Convención Nacional Constituyente de 1957, y particularmente en la opinión de algunos convencionales que restringían el ejercicio de los derechos colectivos para la policía en el marco de la discusión del futuro artículo 14bis, en particular la del convencional Bravo. Basándose en aquellas fuentes, concluye que éste no se aplica a las fuerzas policiales.

Luego, y en lo que concierne al derecho internacional del trabajo, aseveró que tanto el convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación como el convenio 98 sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, dejan al arbitrio de cada país la legislación sobre el derecho de sindicación de las FASP.

En lo que concierne a los tratados internacionales sobre derechos humanos, incorporados al texto de la Constitución Nacional por la reforma de 1994, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 8.2), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 22.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, CADH, 16.3), contienen cláusulas limitativas, y aún prohibitivas, de la posibilidad de agremiación por parte de la policía.

A su vez, de acuerdo con el principio de gobierno federal que sustenta nuestro país, cada provincia tiene reservado para sí el derecho de dictar su propia legislación en materia de fuerzas de seguridad y policiales, lo que sucedió con la Ley 13.982 (2009) de la Provincia de Buenos Aires, que si bien en su articulado no prohíbe expresamente la sindicalización, sí lo

hace con “actividades lucrativas o de cualquier otro tipo incompatibles con el desempeño de las funciones policiales” (art. 12, el énfasis es del autor).

En cambio, el decreto reglamentario 1050 (2009) de la citada ley estima que serán consideradas actividades incompatibles con el desempeño de la función policial: Participar en actividades políticas o gremiales, asistir a lugares o participar de reuniones que comprometan la dignidad o el decoro de la función policial (art. 42, inciso b.-).

Por otro lado, dentro del acápite que enumera las faltas graves que constituyen abuso funcional y en la que debe intervenir la Auditoría General de Asuntos Internos de la Policía, el decreto incluye: “m)- Acatar decisiones de asociaciones gremiales o profesionales contrarias a la prestación normal de los servicios que le corresponden a la misión de la Policía, sea ostensible o encubiertamente”.

Cabe agregar que la Corte realizó una interpretación amplia respecto del vocablo “ley”. Las restricciones a los derechos deben ser impuestas no sólo por una ley aprobada por la legislatura provincial o por el Congreso, sino que también puede realizarse a través de otras normas delegadas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1986).

### **III. Seis errores técnico-conceptuales de la decisión mayoritaria**

A partir de una atenta lectura de los fundamentos y conclusiones expuestos por la mayoría de la Corte Suprema, podemos señalar seis conclusiones del Máximo Tribunal que consideramos contradictorias y que carecen de razonabilidad. Por supuesto, el número no se agota en seis, sino que optamos por señalar los más relevantes de acuerdo a nuestro criterio. Desarrollaremos a continuación cada uno de ellos.

1- En el considerando 9º expresa que “la Constitución” ha excluido a ciertos grupos de trabajadores del derecho a constituir organizaciones gremiales, entre los que se encuentran las

fuerzas policiales. Para sustentar esta aseveración, cita la opinión e intervenciones de diferentes convencionales constituyentes de 1957, en particular la del convencional Bravo.

Lo que la Corte Suprema ignora, es que las opiniones de los miembros de la Constituyente de 1957 se refieren al derecho de huelga, y no al derecho a conformar sindicatos. Resalta que *“la huelga era para los convencionales el derecho sindical por antonomasia y el principal reclamo obrero”* (considerando 9°), como si carecer del derecho de huelga (o limitarlo) pudiera significar el total desconocimiento de los demás derechos gremiales, contrariando además una norma fundamental como el futuro art. 14bis.

Independientemente de que el derecho de huelga es un derecho neurálgico para el ejercicio de derechos gremiales, no era el reclamo planteado por el sindicato, que era el reconocimiento estatal y su inscripción en el registro de asociaciones sindicales.

2- La Corte Suprema “olvida” el punto 2 del artículo 9° del convenio 87 de la OIT (1948) y el punto 2 del artículo 5° del convenio 98 de la OIT (1949), los que establecen que la ratificación de estos convenios no menoscabará las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía los derechos garantizados en dichos convenios, todo ello de acuerdo con el párrafo 8° del artículo 19 de la Constitución de la OIT. Esta salvedad, que forma parte de la misma normativa utilizada por la CSJN para negar el derecho de sindicación a la policía, ¿no podría referirse al art. 14bis que asegura un derecho de agremiación más amplio?

3- Expresa que si los convencionales hubieran querido otorgar en el artículo 14bis derechos sindicales a los miembros de la fuerza policial, lo habrían hecho expresamente. Por el contrario, no sólo no los incluyeron sino que les vedaron el derecho de huelga, el derecho sindical por excelencia.

Ello nos suscita otra pregunta: ¿Por qué deberían haber incluido “expresamente” a los miembros de la policía dentro de

los derechos sindicales? Por otro lado, *¿qué es más relevante en términos de acceso a derechos fundamentales (y en cuestiones formales), lo dicho en la Convención Constituyente o lo efectivamente plasmado en la Constitución Nacional?*

En efecto, los convencionales deliberadamente establecieron una cláusula abierta en materia de derechos laborales, no sólo gremiales, y eso se evidencia precisamente de la discusión de los vocablos “gremio” y “sindicato” en el seno de la Convención Nacional Constituyente, en la que primó el primero de ellos, más amplio y abarcativo de experiencias colectivas de trabajadores.

Por último, la Corte Suprema nuevamente confunde “derecho de huelga” con “derechos sindicales”. Además, para justificar la exclusión del “derecho sindical por excelencia” por parte de “los convencionales”, cita sólo la opinión del convencional Bravo, que si bien era la mayoritaria no era la más representativa.

4- En el considerando 13° considera que “la manera” en que fue incluido el artículo 14bis por la reforma de 1957 y el proceder “uniforme e inequívoco” del Estado durante más de sesenta años obligan a concluir que los miembros de la policía no tienen derecho a constituir un sindicato. Finaliza el considerando expresando que el reclamo no puede ser atendido en base a lo que nuestra Constitución “dispone” en dicha norma. Como sabemos, el art. 14bis no establece restricciones al derecho a constituir gremios por parte de los trabajadores.

En esta oportunidad la Corte alude a la supuesta “intención” del gobierno de facto de aquella época, como si aquella cuestión bastara para denegar un derecho esencial, precisamente sesenta años después de la sanción de la Constitución, que debe ser interpretado en sentido amplio y dinámico.

5- La CSJN cita el mensaje de elevación de la ley 23.544 (1988), que ratificó el convenio 154 de la OIT sobre fomento de la negociación colectiva (1981). En dicho mensaje se propone la reserva que sus disposiciones no serán de aplicación para

los integrantes de las fuerzas armadas y de seguridad. De esta manera, evidencia una “posición estatal” de no conceder derechos sindicales a la policía.

Sin embargo, la Corte Suprema (una vez más) ignora el resto del párrafo, que continúa de esta manera:

(...) en tanto que, en el ámbito de la administración pública, se hará efectivo [se refiere a la negociación colectiva] en oportunidad de entrar en vigencia la nueva legislación que regulará el desempeño de la función pública, en la cual se fijarán las modalidades particulares para la aplicación del aludido convenio (...)

6- Por último, alude a los pactos y declaraciones sobre derechos humanos incluidos en el bloque de constitucionalidad a partir de la reforma constitucional de 1994 los que, como aludimos anteriormente, habilitan la limitación o prohibición de la sindicación a través de las leyes internas. A continuación, cita toda la normativa interna provincial que prohíbe la agremiación, olvidándose (nuevamente) de la Constitución Nacional, la que establece derechos sindicales amplios.

Creemos que el posterior análisis sobre los alcances del concepto “ley”, si bien no carece de importancia, no aporta conclusiones sustanciales a la cuestión, puesto que podrían ser tachados de inconstitucionales al contrariar disposiciones de nuestra Carta Magna además de los instrumentos internacionales de la OIT y de derechos humanos en general.

#### **IV. Reflexiones finales: Más dudas que certezas**

A partir de este somero comentario, podemos concluir que esta sentencia constituye una regresión en materia de derechos laborales (en este caso, gremiales), pero es también un claro ejemplo de la modificación argumentativa, tanto en lo sustancial como en lo técnico, que está experimentando la Corte Suprema. Pasaron escasos años desde los numerosos fallos que exaltaban la persona del trabajador como “sujeto de preferente

tutela constitucional” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia V. 967. XXXVIII. REX, 2004; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia C. 2605. XXXVIII, 2004; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia A. 1023. XLIII. RHE, 2010) pero la herida ya está más que abierta.

La doctrina de la Corte Suprema varía constantemente, y ello debido a razones no siempre jurídicas. Sería un desacierto que sus decisiones, y dada la impronta de dicho Tribunal como último intérprete constitucional de la Argentina, no se adapten a los tiempos en que dichas sentencias se dictan. Ello se explica aún más cuando la composición de la Corte se modifica sensiblemente entre decisiones que tratan sobre temas (y sujetos) similares.

Numerosos trabajos (Afarian, 2018; Capón Filas, 2017; Duarte, 2016 y 2018; García, 2016; Izaguirre, 2018; Zas, 2016) señalan las deficiencias de la actual composición de la Corte Suprema en materia de razonamiento judicial relativo a derechos laborales, señalando sus citas tendenciosas e inacabadas, además de diversas confusiones conceptuales en relación a la verdadera cuestión analizada en la sentencia.

Por otro lado, y si bien la tendencia negativa respecto de los derechos del trabajadores y trabajadoras no es exclusiva de la mayoría de los miembros de esta Corte (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia G. 774. XLVII. RHE, 2014; Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia C. 1468. XLVII. RHE, 2015), podemos observar que tanto en “Orellano” como en el fallo bajo análisis hallamos un gran número de transcripciones incompletas o escogidas especialmente para justificar la postura restrictiva del Máximo Tribunal, y que redundan en una merma de derechos fundamentales.

Incluso, en algunos pasajes recurre a meras especulaciones sobre lo que pudieron haber pensado los convencionales constituyentes o la actitud del gobierno en aquella época, lo que deslegitima aún más la decisión por carecer fundamentos jurídicos.

A mayor abundamiento, tanto en “Orellano” como en “SIPOBA”, la Corte se remite ciertas opiniones (muchas veces minoritarias) de miembros de la Convención Nacional Constituyente de 1957 para justificar su decisión, haciendo caso omiso a lo que efectivamente fue plasmado en la norma.

En sentido contrario, los miembros de la minoría en “SIPOBA” (Ministros Maqueda y Rosatti) sustentan su postura más amplia en normas fundamentales como la Constitución, los tratados internacionales y los convenios de la OIT, sin aludir a las discusiones en el Poder Legislativo o en la Convención que dio a luz al artículo 14bis. Su argumentación es, según nuestra opinión, más llana y coherente con todo el bloque normativo constitucional.

Cabe agregar que los trabajadores y trabajadoras policiales ejercen una actividad que posee particularidades que hacen difícil la plena asunción de la totalidad de los derechos sindicales, pero con esto no queremos decir que se les nieguen lisa y llanamente (como lo hizo la Corte Suprema) todos ellos, y en especial el de agremiación, que es la base de todos los demás.<sup>3</sup>

De acuerdo con Capón Filas (2017): “El tema es un asunto muy importante, para no dejarlo pasar. ¿Y la Corte Suprema? Se equivocó. Así de simple”. Nosotros no somos tan optimistas, y esperamos que estas “equivocaciones” no sean consuetudinarias (porque ya son sospechosas).

## Bibliografía

Afarian, J. (2018). Constitucionalidad de la sindicación de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales en Argentina: a propósito de la sentencia “SIPOBA c/. Ministerio de Trabajo. *Derecho Y Ciencias Sociales*, (19), 113-132. DOI: <https://doi.org/10.24215/18522971e042>

<sup>3</sup> El Ministro Maqueda incluye en su voto el ejemplo de la Guardia Civil y la Policía Nacional en España, que es una ilustrativa experiencia respecto de la regulación de estos derechos.

- Capón Filas, R. (2017). *Marco jurídico para la creación de sindicatos policiales en la Argentina*. *Microjuris*. Recuperado de: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/07/15/marco-juridico-para-la-creacion-de-sindicatos-policiales-en-la-argentina-capon-filas-rodolfo/>
- Duarte, D. (2016). La titularidad del derecho de huelga no resuelve el conflicto. *Revista de Derecho Laboral Actualidad* (2), 289-304.
- Duarte, D. (2018). El fallo “Rica” un caso de neto corte decadente. Revista en línea del Instituto de Estudios Legislativos. Recuperado de: <http://www.ladefensa.com.ar/La%20Defensa%200/comentario-fallo-rica.-por-david-duarte.html>
- García, H. O. (2016). ¿Quiénes son titulares del derecho de huelga? (Sobre la doctrina sentada por la Corte Suprema en la causa “Orellano c. Correo Oficial de la República Argentina” y las inconsistencias de sus fundamentos). *Revista Derecho del Trabajo* (7), 1532-1545.
- Izaguire, F. (2018). Caso Rica c/ Hospital Alemán: el mensaje implícito que conlleva el fallo genera preocupación. *Revista Norte*. Recuperado de: <http://revistanorte.com.ar/fallo-rica-c-hospital-aleman-el-mensaje-implicito-que-conlleva-debe-generar-una-justificada-preocupacion/>
- OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1986). Opinión Consultiva OC-6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.doc).
- Zas, O. (2016). Análisis crítico de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en materia de titularidad del derecho de huelga. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, 2(2), 84-125. Recuperado de: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/exemplo1/article/view/61>

## **Fuentes**

- Congreso de la Nación Argentina (1957). *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

Congreso de la Nación Argentina (15 de enero de 1988). Ratificación del Convenio 154 sobre el fomento de la Negociación Colectiva. [Ley 23.544 de 1988]

Congreso de la Nación Argentina (1994). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

Legislatura de la Provincia de Buenos Aires (08 de abril de 2009). Régimen y Nuevo Escalafonamiento para el Personal de las Policías de Buenos Aires. [Ley 13.982 de 2009]

Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (03 de julio de 2009). Reglamentación de la Ley N° 13.982. [Decreto 1050 de 2009].

### ***Jurisprudencia***

Corte Suprema de Justicia de la Nación (07 de septiembre de 2004). Sentencia C. 2605. XXXVIII.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (14 de septiembre de 2004). Sentencia V. 967. XXXVIII. REX.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (07 de diciembre de 2010). Sentencia A. 1023. XLIII. RHE.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (30 de diciembre de 2014). Sentencia G. 774. XLVII. RHE.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (19 de febrero de 2015). Sentencia C. 1468. XLVII. RHE.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (07 de junio de 2016). Sentencia O. 93. XLIX. RHE.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (11 de abril de 2017). Sentencia S. 909. XLVI. RHE.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (24 de abril de 2018). Sentencia R. 9. L. RHE.

---

# Jurisprudencia Bonaerense

*Fernando Amosa*<sup>1</sup> | Universidad Católica de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 395-412

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

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2706-1650>

---

## 1. SENTENCIAS DE CÁMARAS BONAERENSES

**Tribunal:** Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II

**P. A. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios -18/05/2018**

**Voces:** Acción de Daños - Nexo de causalidad – Responsabilidad Civil.

### **Sumarios:**

- Una persona encargada de instalar cámaras de seguridad en un banco murió electrocutada al ingresar al entretecho para efectuar el trabajo. A raíz del hecho, se dedujo acción de daños contra la entidad, la contratista y la subcontratista. La sentencia rechazó la pretensión. La Cámara, por mayoría, revocó el decisorio e impuso una condena solidaria.

- La entidad bancaria codemandada, junto con la empleadora de la víctima y la empresa subcontratista, es responsable de la muerte por electrocución de un joven cuando realizaba la instalación de cámaras de seguridad en el establecimiento, en tanto se acreditó que fueron las malas condiciones del lugar lo que provocó el accidente y no se acreditó ningún obrar culposos con aptitud para interrumpir el nexo causal.

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Católica de La Plata, docente del Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP) y asistente jurídico del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires.

- La circunstancia de que el banco demandado haya contratado a una empresa para el cableado del sistema de cámaras de seguridad no lo hace responsable del accionar negligente de la víctima, que se introdujo en el espacio reservado para las instalaciones y se desplazó por encima de la cañería de la instalación eléctrica en funcionamiento, pues tal accionar imprudente, casi temerario, es el que lo exime de responsabilidad por la culpa de la víctima (del voto en disidencia del Dr. Hankovits).

### ***Extractos del decisorio:***

- *“Desestimar la demanda promovida por la señora A. P. contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires y la citada en garantía Provincia Seguros SA”.*

- *“el accidente objeto de las presentes actuaciones ocurrió el día 28 de diciembre del año 2008, en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal Mar del Plata, cuando el señor P. C. B. falleció por electrocución pretende la recurrente se responsabilice al Banco de la Provincia de Buenos Aires del luctuoso accidente, por tratarse el lugar de tareas de un espacio confinado que no cumplía con las normas técnicas y medidas sanitarias precautorias conforme lo expuso B. En tal sentido, la circunstancia que el Banco de la Provincia de Buenos Aires haya contratado a una empresa para el cableado del sistema de cámaras de seguridad no lo hace responsable del accionar totalmente negligente de la víctima que se introdujo en el espacio reservado para las instalaciones —ver fotos fs. 47/48 IPP citada— y se desplazó por encima de la cañería de la instalación eléctrica en funcionamiento, pues justamente tal accionar imprudente casi temerario es el que lo exime de responsabilidad por la culpa de la víctima (arts. 1113, 2° párrafo; 375, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; fs. 49/50 IPP).”.*

- *“La señora A. P. inició esta acción de daños y perjuicios por la muerte de su hijo, el señor P. C. B. Explicó que su descendiente trabajaba para “P y C Instalaciones SA”, subcontratista de “Sensormatic Argentina SA”, en la tarea de instalar cámaras —sistemas “CCTV”— en el área de las cajas de seguridad del*

*Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal Mar del Plata. Resulta un hecho no controvertido que en la realización de esa tarea sufrió una descarga eléctrica que lo fulminó, falleciendo inmediatamente.”.*

- *Esta forma de resolver, me lleva a propiciar hacer lugar al recurso en cuanto a los daños reclamados contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires, como dueño de la cosa riesgosa (art. 1113, Cód. Civil) y contra las empresas “P y C Instalaciones SA” y “Sensormatic Argentina SA”, por el obrar culposo en el desempeño de su actividad (art. 1109, Cód. Civil). Por ende, postulo receptar la demanda contra los referidos, en partes iguales a cada uno de ellos y en forma solidaria, en tanto el obrar de todos ha confluído en la ocurrencia de la muerte del señor P. C. B. y en tanto no se ha probado que exista culpa de la víctima con aptitud interruptiva del nexo causal (arts. 1109, 1113, 2315, 2316 y 2520, Cód. Civil), con costas de ambas instancias a los demandados vencidos en el proceso principal (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)”.*

**Tribunal:** Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil Y Comercial De La Plata, Sala III

**P. F. R. s/ adopción - 05/04/2018**

**Voces:** Adopción de integración con efectos de plena – Atributos de la personalidad- Responsabilidad parental- Interés superior del Niño

**Sumarios:**

- El juez de familia hizo lugar a la adopción de integración, con efectos de plena, del hijo del cónyuge, imponiendo al niño el apellido del adoptante. La madre del niño y su marido interpusieron recurso de apelación. Se agravan porque el juzgador no se expidió con relación a su pedido de privación de la responsabilidad parental del padre biológico. La Cámara confirmó la decisión.

- El Código Civil y Comercial incorpora la adopción por integración, sin acordarle los efectos de la adopción simple o

plena; la única regla para decidir cuál de estos tipos será aplicable es la satisfacción en mayor medida del interés del niño.

- Si la adopción por integración se concedió con efectos de plena, el recurso de apelación interpuesto por los peticionantes, que en su demanda solicitaban que el padre biológico del niño fuera privado de la responsabilidad parental y se agravian de que nada se dijo respecto de este punto, debe ser rechazado, pues parecen no advertir que el efecto de la decisión es la extinción del vínculo anterior.

- La solicitud de los peticionantes de la adopción por integración de que sea expresamente dispuesta en la sentencia que concedió la extinción de todo lazo jurídico del niño con su padre biológico —al que no conoció— implica un desconocimiento del alcance explícito del instituto y de los efectos con los que fue concedido, es decir, de adopción plena; máxime cuando no existió pedido de parte alguna, ni hubo consecuentemente motivos fundados para que en la adopción plena otorgada se mantengan vínculos jurídicos con algún miembro de la familia de origen del padre biológico, incluido este último.

### ***Extractos del decisorio:***

- *“La Sra. Magistrada de la instancia anterior hizo lugar a la demanda otorgando la adopción de Integración con efectos de Plena de F. R. P. a J. L. S., declarando que los efectos del decisorio se retrotraen al 11 de agosto de 2016 (fecha de promoción de la presente demanda) e imponiendo al niño el apellido del adoptante.”*

- *“Contra esa decisión J. L. S. y R. B. V. plantearon recurso de apelación.”*

- *“En los agravios los recurrentes —en síntesis— sostienen que la sentencia recurrida no se expide sobre la privación de la responsabilidad parental del progenitor biológico del menor, lo que fuera solicitado expresamente en la demanda instaurada.”*

- *“Que las mismas constancias señaladas se desprende que F. no ha tenido vinculación alguna con su progenitor biológico,*

*G. R. P. —quien reitero no se ha presentado en estas actuaciones (v. fs. 81) —, así fue expresado por R. B. V. a fs. 84/86 cuando manifiesta que S. se encuentra a cargo del niño desde el primer año de edad y que nunca el padre biológico se acercó ni se preocupó por el niño, situación que también fue expuesta por los testigos A., C., N. y M. (v. fs. 98, 99, 100, 101) y surge de la audiencia llevada a cabo con S. y F. ante la magistrada de la instancia de grado (v. manifestaciones efectuadas por el niño a fs. 105 y vta., art. 26 del Cód. Civil y Comercial). Tales circunstancias verifican que por un lado el niño se encuentra incluido en la nueva familia en la que se pondera los vínculos significativos en la vida de F. y por otro el niño ha enfrentado una situación de desamparo con relación a su progenitor y su entorno familiar.”.*

- *“disponiéndose la privación de la responsabilidad parental de G. R. P. respecto de su hijo biológico F. R.; debiéndose inscribir tal decisión en el Registro de las Personas correspondiente.”*

- *“el recurso no ha de merecer favorable acogida y, ello es así porque, los quejosos parecieran no haber advertido que como la adopción que por integración se acordara al Sr. S. lo ha sido en el carácter de plena, en los términos de los arts. 630 y 631 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y “...sin flexibilización alguna...” (ver fs. 122 vta.); considero, no corresponde, tal como explicaré en lo que sigue, pronunciarse sobre los vínculos jurídicos entre el menor F. R. y su padre biológico.”.*

- *“la característica distintiva de la adopción plena sigue estando dada por la extinción de los vínculos con la familia anterior. La facultad judicial de conferir subsistencia a algunos lazos fenecidos no es suficiente para igualarla en efectos a la adopción simple, porque esta posibilidad no modifica ni el régimen sucesorio, ni la responsabilidad parental, ni los impedimentos, ni los derechos alimentarios.”.*

- *“el nuevo código incorpora la adopción por integración, sin acordarle los efectos de una u otra, envía un mensaje claro*

*al intérprete, la única regla para decidir cuál de éstos tipos será aplicable es que la adopción por integración será simple o plena según satisfaga en mejor medida el interés del niño.”*

- *“En el caso en tratamiento se decretó la adopción integrativa “con efecto de plena” (fs. 123 vta.) sin dejarse establecido, conforme la remisión que efectúa el art. 631, inc. b) del Digesto Civil y Comercial, art. 621 de igual ordenamiento jurídico, “a pedido de parte y por motivos fundados... mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de familia de origen...”*

- *“en la especie no existió pedido de parte alguna, ni hubo consecuentemente motivos fundados dados por la a quo —como lo exige la última norma citada— para que en la adopción plena otorgada se mantengan vínculos jurídicos con algún miembro de la familia de origen del padre biológico, incluido éste (v. gr.: primos, abuelos, tíos, etc.), por lo que la pretensión denunciada por el recurrente (fs. 131 vta.) no es tal ya que lo requerido se deriva de lo resuelto jurídicamente por el sentenciante, a tenor de la normas aplicables. Pretender invertir la carga, como demanda el impugnante en su apelación —esto es que expresamente se determine la extinción de todo lazo jurídico con F. con el padre biológico— (ver fs. 132 y vta.), es desconocer el alcance explícito de los preceptos legales actuados en el decisorio puesto en crisis, en los términos del mandato judicial dictado”.*

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con Asiento en La Plata

**Asociación Bancaria c. Tribunal Fiscal de Apelación y otros s/ Impugnación de resolución - 11/10/2018.**

**Voces:** Código Fiscal- Obligaciones Fiscales – Contribuyente- Convenio Multilateral- Inconstitucionalidad del Art. 156 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

**Sumarios:**

- *El Tribunal Fiscal de Apelación confirmó la determinación de las obligaciones fiscales de una asociación gremial*

*bancaria en su carácter de contribuyente del impuesto sobre los ingresos brutos, inscripto en el Convenio Multilateral, por su actividad principal de hotelería y, con carácter de secundaria, de venta al por menor de productos de farmacia y herbostería. La entidad promovió demanda anulatoria. La Cámara, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad del art. 156 del Código Fiscal provincial y ordenó devolver las sumas ingresadas por la entidad.*

- *El Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires —art. 156 del t.o. 2004 y art. 182 del t.o. 2011—, al gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos la actividad desarrollada por una asociación gremial, que no persigue un fin de lucro, contraviene lo dispuesto por el art. 9, inc. b, párrafo 1º, de la Ley de Coparticipación, que resulta de aplicación a la provincia, en virtud de su adhesión, sin limitaciones ni reservas, por la ley provincial 10.650 (del voto del Dr. Milanta).*

- *Las actividades que desarrolla una asociación gremial bancaria a título oneroso —en el caso, servicios de hotelería y farmacia—no pueden ser gravadas por el impuesto sobre los ingresos brutos, por tratarse de una entidad sin fines de lucro, conforme los lineamientos de la ley 23.548.*

- *El art. 156 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (t.o. 2004) —actual art. 182, t.o. 2011— resulta inconstitucional, pues desborda la limitación que impone el texto de la Ley de Coparticipación n° 23.548, que impide gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos a actividades sin fines de lucro —cfr. arts. 31 y 75 de la Constitución Nacional y la ley provincial 10.650—.*

- *Los requisitos que configuran el hecho imponible en la ley local —art. 156 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, t.o. 2004, actual art. 182 del t.o. 2011— comprensivo de las actividades que se realicen a título oneroso, lucrativo o no, cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste luce en franca contradicción con la limitación prevista en la Ley de Coparticipación Federal n° 23.548, que delimita el hecho*

*imponible para los impuestos sobre los ingresos brutos para las provincias adherentes en su art. 9, inc. b, apartado 1°.*

- *El Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires —art. 156 del t.o. 2004 y art. 182 del t.o. 2011—, al gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos la actividad desarrollada por una asociación gremial, que no persigue un fin de lucro, contraviene lo dispuesto por el art. 9, inc. b, párrafo 1°, de la Ley de Coparticipación, que resulta de aplicación a la provincia, en virtud de su adhesión, sin limitaciones ni reservas, por la ley provincial 10.650 (del voto del Dr. Milanta).*

- *La redacción del art. 9 inc. b) 1, primer párrafo, de la Ley de Coparticipación Federal n° 23.548 no autoriza la exégesis extensiva, pues de la expresión “toda otra actividad habitual” no cabe concluir, como exigencia en más, el carácter lucrativo, que requiere, sin embargo, para otras que con o sin aquella condición dejen ver la naturaleza empresarial (civil o comercial) para las que exige finalidad de lucro (del voto en disidencia del Dr. De Santis).*

### **Extractos del decisorio:**

- *“Vienen estos autos a esta instancia de Alzada con motivo de los recursos de apelación que interpuestos por la parte actora y la parte demandada contra la sentencia de grado que hace lugar a la pretensión anulatoria interpuesta por la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco) contra el Tribunal Fiscal de Apelación de la Provincia de Buenos Aires y ordena consecuentemente, la devolución de las sumas oblatas en los términos del artículo 19 del CPCA, con sus intereses calculados a la tasa pasiva más alta, vigente en cada período de aplicación, que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires por sus depósitos a 30 días; ello, desde la fecha en que se realizó el pago (04/08/2010, conf. fs. 1/87 y 129) y hasta su efectiva devolución o compensación.”.*

- *“tengo para mí que conforme los lineamientos de la ley 23.548, las actividades que desarrolla la Asociación Bancaria, a título oneroso, no pueden ser gravadas por el impuesto sobre*

*los ingresos brutos, por tratarse de una entidad sin fines de lucro, aspecto que no ha sido desconocido por la demandada.”.*

- *“Los requisitos que configuran el hecho imponible en la ley local comprensivo de las actividades que se realicen a título oneroso —lucrativo o no— cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste luce en franca contradicción con la limitación prevista en la Ley de Coparticipación Federal N° 23.548 que, tal como se adelantó, delimita el hecho imponible para los impuestos sobre los ingresos brutos —art. 9 inc. b, apartado 1°— para las provincias adherentes: “...sobre los ingresos provenientes del ejercicio de actividades empresarias (incluso unipersonales) civiles o comerciales con fines de lucro, de profesiones, oficios, intermediaciones y de toda otra actividad habitual excluidas las actividades realizadas en relación de dependencia y el desempeño de cargos públicos;...”.*

- *“la mera lectura de la norma en estudio —art. 156 CF, t.o. 2004; actual 182 t.o. 2011— se aprecia desbordando la limitación que impone el texto de la ley 23.548, la que impide gravar con el impuesto a los ingresos brutos actividades sin fines de lucro.”.*

- *“La redacción del precepto legal (art. 9 inciso b) 1. primer párrafo ley cit.) no autoriza la exégesis extensiva que observo, pues de la expresión “toda otra actividad habitual” no cabe concluir, como exigencia en más, el carácter lucrativo, que requiere, sin embargo, para otras que con o sin aquella condición dejen ver la naturaleza empresarial (civil o comercial) para las que exige finalidad de lucro”.*

- *“se aprecia que el Código Fiscal local, al gravar con el Impuesto sobre los Ingresos Brutos la actividad realizada por la parte actora, que no persigue un fin de lucro, en el caso, contraviene lo dispuesto por el art. 9, inciso b, párrafo 1° de la Ley de Coparticipación (cit.)...”.*

- *“De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, dicta la siguiente sentencia: Por los fundamentos de la*

*mayoría expuestos en el Acuerdo que antecede, se rechaza el recurso de apelación deducido por la demandada contra la sentencia de grado, en cuanto ha sido materia de agravios; se hace lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 156 CF, t.o. 2004; actual 182 t.o. 2011 (art. 9, inc. b) apartado 1° de la ley 23.548; arts. 31 y 75 de la Constitución Nacional y ley provincial 10.650) y se confirma la orden de devolver las sumas ingresadas en los términos del art. 19 del CPCA, bajo las pautas que indica la juez de grado las que se confirman, con costas a la demandada vencida (art. 51, inc. 1°, CPCA, texto según ley 14.437)...”.*

## **2. SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

**Tribunal:** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

**Becker, Alberto Ezequiel c. Entea Administrador Astillero Río Santiago s/ Reinstalación (Sumarísimo). Recurso de queja - 13/02/2019**

**Voces:** Medidas cautelares – Medida de no innovar- Art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo.

**Sumarios:**

- El recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto contra la medida cautelar de no innovar dispuesta en la causa con fundamento en el art. 66 de la LCT, para que se restituya al trabajador el pago del “premio por eficiencia”, hasta tanto se dicte sentencia definitiva, pues esta prohibición de innovar consagrada en la ley de fondo amparada en la modificación de las condiciones y modalidades de trabajo dispuestas por el empleador, a los fines de restituir al trabajador al statu quo anterior hasta que recaiga sentencia definitiva es aplicable; en la causa no se ha “...invocado ni probado...” que la medida sea general para todo el establecimiento o sección.

**Extractos del decisorio:**

- *“El Tribunal de Trabajo N° 2 del Departamento Judicial de La Plata, en el marco de la acción iniciada por Alberto Ezequiel Becker contra el Ente Administrador del Astillero Río Santiago, con fundamento en el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo (modif. por ley 26.088), hizo lugar a la medida cautelar de no innovar contemplada en la citada norma sustancial y ordenó al demandado que, dentro del término que señaló en el pronunciamiento de fs. 24/25 vta., restablezca al actor las condiciones contractuales alteradas y, en consecuencia, le restituya el pago del rubro “premio por eficiencia”, desde el mes de julio de 2018 hasta que se dicte sentencia definitiva en la causa”.*

- *“Resulta plenamente aplicable a la prohibición de innovar consagrada en la ley de fondo —art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo, texto según ley 26.088— amparada en la modificación de las condiciones y modalidades de trabajo dispuestas por el empleador, en el marco de los presupuestos que tornan viable su admisión, a los fines de restituir al trabajador al statu quo anterior hasta que recaiga sentencia definitiva.”.*

- *“En el caso, en que se dispuso la medida precautoria descrita por considerar reunidas las condiciones para decretarla, sin que se hubiera “...invocado ni de momento probado...” (v. fs. 24 vta.) que la medida sea general para todo el establecimiento o sección (art. 66 in fine, ley cit.), no se advierten verificadas circunstancias excepcionales que autoricen que la señalada regla general deba ceder en la especie”.*

- *“Por ello, la Suprema Corte de Justicia resuelve: Desestimar la queja traída (arts. 292, Cód. Proc. Civ. y Comercial y 63, ley 11.653; Acordada 1790)”.*

**Tribunal:** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

**Barbas, Juan Alberto c. Racing Club Asociación Civil s/ diferencias salariales-28/12/2018**

**Voces:** Principios Procesales- web de la demandada como elementos de prueba-

**Sumarios:**

- La sentencia que tuvo por acreditado, como hecho notorio, el desempeño como jugador del reclamante para el club demandado, entre los años 1977 y 1982, debe ser revocada, pues no se advierte tal notoriedad, desde que el juez que determinó que estaba exento de prueba, tuvo que recurrir a otro elemento (la página web del club) para cerciorarse de la exactitud de los datos; no es improbable que un simpatizante de la asociación o un aficionado al deporte sumamente memorioso lo sepa, pero hay un hiato muy grande entre tal conocimiento y la certeza indispensable de que tal extremo resulta vox populi, o que forma parte de la cultura general, o que es una información normal a la que todos los individuos tienen acceso y que usan en el tráfico diario.

- A efectos de acreditarse la antigüedad de un jugador de fútbol profesional, la posibilidad de valorar las circunstancias que surgen de la página web del club demandado, que no fue ofrecida como prueba y mencionada por el juzgador en la sentencia que hizo lugar a la demanda, resulta una violación del debido proceso, pues el ejercicio de las facultades conferidas en el art. 12 de la ley 11.653 encuentra un límite infranqueable en el respeto a la igualdad de quienes se hallan involucrados en el proceso y la omisión en que alguna incurriera en su ofrecimiento no puede ser suplido por la actividad del juez, porque incorporarla sin más al proceso impediría el apropiado control de su producción y, con ello, se afectaría el derecho de defensa constitucionalmente amparado.

- La crítica a la normativa aplicada por el Tribunal del Trabajo para juzgar la finalización del vínculo laboral entre un entrenador y el club de fútbol, en virtud a la aplicabilidad del art. 94 de la LCT y el art. 10 del CCT 563/09, debe ser rechazada, pues entendió que el primero de los preceptos importaba mayores beneficios para el trabajador y, en consecuencia,

resolvió la controversia en favor de la norma más favorable, y ante el otorgamiento insuficiente del preaviso que condujo a la conversión del contrato en uno por tiempo indeterminado, el despido devino injustificado, trayendo aparejado el pago de las indemnizaciones derivadas de esa ruptura sin causa y el recurso es insuficiente.

***Extractos del decisorio:***

- *“...el tribunal de origen hizo lugar a la demanda deducida por el señor Juan Alberto Barbas contra Racing Club Asociación Civil, en cuanto procuraba la percepción de las indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva de preaviso, así como las previstas en los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 y 80 de la Ley de Contrato de Trabajo.”.*

- *“...juzgó acreditado que el actor se desempeñó como futbolista profesional para la demandada en el período comprendido entre los años 1977 (1 de enero) y 1982. Por otro lado, indicó que no resultó controvertido que las partes suscribieron diversos y sucesivos contratos a plazo fijo por los que se designó a Barbas como director técnico de las divisiones de reserva del club por el período transcurrido entre los años 2009 y 2012 (a saber: primero, desde el día 2 de enero de 2009 y hasta el día 30 de diciembre de 2010; luego desde el día 1 de enero de 2011 y hasta el día 31 de diciembre del mismo año y, finalmente, desde el día 2 de enero de 2012 al día 31 de diciembre de ese año), siendo notificado de la finalización del vínculo el día 20 de diciembre de 2012, sin habersele cursado preaviso con la antelación requerida por el art. 94 de la Ley de Contrato de Trabajo...”.*

- *Contra dicho pronunciamiento, la demandada interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*

- *“no advierto la indispensable notoriedad del hecho al que se refiere la afirmación, desde que se ha debido recurrir a otro elemento (la página web del club) para cerciorarse de la exactitud de los datos que luego se tuvieron por probados. Es decir, se ha buscado una prueba que valide a otra prueba, y ello pone en evidencia la insuficiencia de la segunda”.*

- *“no es improbable que un simpatizante de la Asociación Civil Racing Club conozca que Barbas jugó para el club, o que la misma circunstancia sea conocida por un aficionado al deporte sumamente memorioso.”*

- *“Pero hay un hiato muy grande entre tal conocimiento y la certeza indispensable de que tal extremo resulta vox populi, o que forma parte de la cultura general, o que es una información normal a la que todos los individuos tienen acceso y que usan en el tráfico diario, elementos todos ellos que permiten configurar la noción de hecho notorio.”*

- *“aun aceptando que el acaecimiento de un hecho (que Barbas jugó para Racing) resulte conocido en términos generales, y aceptando también —por vía de hipótesis— que esto releva de producir prueba al respecto, de ello no puede inferirse que esa notoriedad alcanza a las precisas fechas entre las cuales tal hecho ocurrió.”*

- *“ha ocurrido una anomalía en el razonamiento del a quo, desde que se ha apoyado en una premisa fáctica que no se halla debidamente verificada ni justificada. Luego, al partir de afirmaciones no confrontadas con la realidad, la conclusión resulta endeble, discrecional e inepta para dar razonable fundamentación a la decisión.”*

- *las circunstancias que surgen de la página web de la demandada —elemento nunca ofrecido como prueba—, pueden ser valoradas en la causa o si ello resulta una violación de las reglas del debido proceso.*

- *No me cabe duda al respecto: el ejercicio de las facultades conferidas en el art. 12 de la ley 11.653 encuentra un límite infranqueable en el respeto a la igualdad de quienes se hallan involucrados en el proceso. Durante el litigio, las partes deben soportar diversas cargas y no es la menor la de aportar las pruebas que hacen a su derecho. La omisión en que alguna incurriera en su ofrecimiento (lo que podemos ver claramente en el caso) no puede ser suplido por la actividad del juez, porque incorporarla sin más al proceso impediría el apropiado*

*control de su producción y, con ello, se afectaría el derecho de defensa constitucionalmente amparado. Los datos que surgen de la página web citada (que, además, no son fehacientes) no pueden ser usados para probar la antigüedad del actor.*

- *En función de todo lo expuesto, y puesto que se ha hallado un evidente desarreglo en el proceso racional del pronunciamiento —construcción de una premisa fáctica sin bases ciertas—, esta parte del recurso debe tener favorable acogida, debiendo considerarse que no ha sido acreditada la alegada antigüedad.*

- *Ante las regulaciones contenidas en el art. 94 de la Ley de Contrato de Trabajo y el art. 10 del Convenio Colectivo de Trabajo 563/09, el tribunal de grado entendió que el primero de los preceptos importaba mayores beneficios para el trabajador y, en consecuencia, resolvió la controversia —con apoyo en el art. 9 de la ley citada— en favor de la norma más favorable, juzgando que para el supuesto en debate resultaba ser el régimen general. Ello así, pues entendió que ante el otorgamiento insuficiente del preaviso que condujo a la conversión del contrato en uno por tiempo indeterminado, el despido devino injustificado, trayendo aparejado el pago de las indemnizaciones derivadas de esa ruptura sin causa.”*

- *“este tramo del fallo no ha de modificarse en atención a la manifiesta insuficiencia que porta el embate.”.*

- *“Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y se revoca la sentencia impugnada con el alcance establecido en el punto VII del voto emitido en primer término. En consecuencia, se remiten los autos al tribunal de origen a fin de que practique nueva liquidación.”.*

**Tribunal:** Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

**V., J. M. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley -12/12/2018**

**Voces:** Delito continuado como creación pretoriana – Abuso sexual reiterado- Agravantes del Abuso sexual agravado por la convivencia con el menor.

**Sumarios:**

- El recurso de inaplicabilidad de ley dirigido contra la sentencia que no calificó como delito continuado el abuso sexual practicado a una niña en dos oportunidades, agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y la convivencia, debe ser rechazado, pues esa decisión no ha sido debidamente controvertida por la defensa que se desentendió de que el juzgador sostuvo que, pese a que los ataques estuvieron dirigidos a la misma víctima, no se hallaron presentes los recaudos relativos a la inmediatez temporal ni espacial de los acontecimientos, así como tampoco la misma modalidad de comisión, en todo lo cual justificó la falta de unidad de designio o de resolución.

- El recurso de inaplicabilidad de ley dirigido contra la sentencia que no calificó como delito continuado el abuso sexual practicado a una niña en dos oportunidades, agravado por ser cometido por el encargado de la guarda y la convivencia, debe ser rechazado, pues el juzgador sostuvo que el acusado en cada ocasión buscó “...un desahogo sexual concreto de manera independiente de los demás, por lo que en cada oportunidad el autor agotó su concreto designio abusivo, renovándolo en los diversos episodios”, afirmaciones que coinciden con la doctrina legal de la Suprema Corte y no fueron rebatidas por la defensa (del voto de la Dra. Kogan).

- Los elementos integrantes del delito continuado son la unidad de resolución, la pluralidad de acciones y la unidad de lesión jurídica, (del voto de la Dra. Kogan).

- El delito continuado no se encuentra consagrado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, sino que su aplicación proviene de la doctrina y la jurisprudencia, por lo que debe ser aplicado con máxima estrictez (del voto de la Dra. Kogan).

**Extractos del decisorio:**

- *“...La Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, mediante el pronunciamiento dictado el 21 de junio de 2016, rechazó el recurso interpuesto por la defensa de J. M. V. contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata que lo condenó a la pena de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser el encargado de la guarda y aprovechando la situación de convivencia preexistente (...) corrigió el pronunciamiento mencionado, disponiendo que el nombrado quede condenado por dos hechos del delito antes señalado.”.*

- *El defensor oficial interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (...)En el segmento de la impugnación que superó la admisibilidad recursiva, denunció la errónea aplicación del art. 55 del Código Penal al considerar que la sucesión indeterminada de episodios de abuso sexual por el que se condenara a su asistido J. M. V., constituyeron conductas progresivas, que desde la subjetividad del autor cumplieron con un único e idéntico designio, afectando —en forma discontinua pero gradual— el mismo bien jurídico*

- *Resultaba dirimente que el acusado hubiera —en cada una de las ocasiones— buscado “...un desabogo sexual concreto de manera independiente de los demás. En cada oportunidad el autor agotó su concreto designio abusivo. En cada una de las ocasiones en que Valenzuela violó a la menor, agotó cada maniobra delictual, renovando su vocación abusiva en los diversos episodios, lo cual también hace inatendible la petición de que se computen diversas acciones como un único delito continuado”.*

- *Esta interpretación del delito continuado coincide con la que ha venido realizando esta Corte desde hace mucho tiempo (pues recordemos que en nuestro ordenamiento no se encuentra consagrado expresamente sino que su aplicación proviene de la doctrina y la jurisprudencia).*

- *“...los elementos integrantes de[el delito continuado] lo constituyen la unidad de resolución, la pluralidad de acciones y la unidad de lesión jurídica (...) conf. causa Ac. 304: “Andicochea, Leonardo; Cejas, Donato y otros. Hurto de ganado mayor reiterado, en General Lamadrid”; sent. de 26/11/1957, publicada en “Acuerdos y Sentencias”, 1957-VI, ps. 109/116.”*

- *debe rechazarse el intento de revertir la aplicación del enlace real regulado por nuestro ordenamiento de fondo (art. 55, Cód. Penal) a los hechos comprobados, pues no ha sido demostrada la errónea aplicación de ley sustantiva ni la violación de la doctrina legal referida a ésta.”*

- *“no ha sido debidamente controvertido por el recurrente, pues se desentiende de que a la luz de lo probado el a quo no tuvo por configuradas las particularidades propias del “delito continuado” respecto del abuso sexual repetido, pues, pese a que los ataques estuvieron dirigidos a la misma víctima, señaló que no se hallaron presentes los recaudos relativos a la inmediatez temporal ni espacial de los acontecimientos, así como tampoco la misma modalidad de comisión, en todo lo cual justificó la falta de unidad de designio o de resolución a la cual echó mano la defensa para fundar su agravio.”*

- *Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la Procuración General, se rechaza el recurso extraordinario interpuesto, con costas (art. 496, CPP). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — Eduardo N. de Lázzari. — Héctor Negri. — Daniel F. Soria. — Hilda Kogan.*

---

# **Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

*Juan Francisco Díaz* | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 413-415

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e260>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5891-7845>

---

## **La Corte estableció que el cómputo 2x1 no es aplicable en delitos de lesa humanidad**

La Corte Suprema de Justicia, con una mayoría conformada por los jueces Lorenzetti, Highton, Rosatti y Maqueda, determinó que no se aplicará el beneficio del 2x1 para los condenados por delitos de lesa humanidad, con base en la ley 27.362 que el Congreso sancionó el año pasado. Aunque por su parte, en disidencia, el juez Carlos Rosenkrantz consideró que la nueva norma es inconstitucional.

El pronunciamiento del máximo tribunal desanda el camino que había iniciado el fallo “Muiña”, el año pasado, cuando convalidó la aplicación del beneficio a un represor y desató un ola de repudio social. De hecho, tan hondo había calado, que hubo tribunales inferiores que inaplicaron el criterio de la Corte y una multitud de aproximadamente 500.000 mil personas se congregó en Plaza de Mayo en expreso rechazo respecto de aquella sentencia. (CSJN “Rufino Batalla”, 4 de diciembre de 2018).

## **La Corte Suprema de Justicia rechazó el planteo de inconstitucionalidad contra la ley de lemas de Santa Cruz**

Por unanimidad la Corte rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la Unión Cívica Radical contra la Ley de Lemas de la Provincia de Santa Cruz en las categorías de elección de Gobernador y Vice. Argumentó que cada Provincia debe definir su sistema electoral y que el aplicado en Santa Cruz, a pesar de

las críticas que se le puedan formular, no contradice la Constitución Nacional.

En su voto, Horacio Rosatti sostuvo que: “Es necesario recordar que los espacios de decisión del político y del juez son distintos. El político -constituyente, legislador o administrador- tiene un amplio abanico de posibilidades para decidir conforme a un marco normativo general (que en ocasiones él mismo puede modificar), a su ideología y a su prudencia; el juez debe hacerlo dentro del estrecho límite de la Constitución y las normas dictadas en su consecuencia. (CSJN “*Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c/ Estado de la Provincia de Santa Cruz s/ amparo*”, 11 de diciembre de 2018).

### **La Corte Suprema de Justicia falló a favor de los jubilados**

La Corte Suprema de Justicia definió qué índice corresponde aplicar para actualizar los haberes de los jubilados que ganaron juicios contra el Estado. El máximo tribunal de Justicia ratificó por 4 votos contra 1 el índice ISBIC para la actualización de las jubilaciones. Asimismo, declaró 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.

Además, la Corte dispuso que la sentencia se comunique al Congreso a los efectos de establecer en un plazo razonable, un nuevo índice para la actualización de haberes previsionales. Sin embargo, hasta que eso ocurra, se seguirá aplicando el ISBIC en las causas pendientes de resolución. (CSJN Blanco, Lucio Orlando c/ ANSeS s/ reajustes varios”, 18 de diciembre de 2018).

### **La Corte Suprema ordenó al Estado devolverle a San Luis \$15.000 millones de pesos**

El máximo tribunal, ante la ausencia de acuerdo entre la Nación y San Luis, resolvió determinar la suma de dinero que le corresponde a la provincia por los fallos que le dieron la razón y ordenaron la devolución de las sumas de coparticipación no percibidas, a raíz de normas que habilitaron un descuentos en

dichos fondos y que el máximo tribunal declaró inconstitucionales el 24 de noviembre de 2015.

La Corte resolvió que, a fines del cálculo de la deuda, corresponde aplicar la tasa pasiva promedio del Banco Central de la República Argentina, rechazando de esta manera el criterio de la Provincia de San Luis que postuló que se aplique la tasa activa del Banco Nación Argentina a fin de atemperar los efectos de la desvalorización de la moneda. El Tribunal también desestimó lo solicitado por el Estado Nacional respecto de la aplicación de la tasa del 6% anual prevista en el “Programa Federal de Desendeudamiento de las Provincias Argentinas”, al que la actora no ingresó, e impugnó judicialmente, y en el “Consenso Fiscal”, no suscripto por San Luis. *(CSJN San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, 19 de Febrero de 2019).*

---

# Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*James Vértiz Medina* | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 416-425

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e261>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2261-1999>

---

## **Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Serie C No. 372**

**I. Hechos:** El caso se relaciona con la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial como consecuencia de la aplicación de la figura de prescripción a acciones civiles de reparación relacionadas con crímenes de lesa humanidad. Las víctimas en el caso, que aparecen mencionadas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig), del 8 de febrero de 1991, habían interpuesto acciones civiles de indemnización por daños, en razón del secuestro y desaparición o ejecución de sus familiares por parte de agentes estatales en 1973 y 1974, durante la dictadura militar. Tales acciones fueron rechazadas entre 1999 y 2003, por juzgados, tribunales de apelación o la Corte Suprema de Justicia, con base en la aplicación del plazo de la figura de prescripción establecida en el Código Civil chileno. En el caso, la Comisión consideró que la existencia de un programa administrativo de reparaciones no excluye la posibilidad de que las víctimas de graves violaciones opten por reclamar reparación por vía judicial y que, tratándose de crímenes de lesa humanidad, es desproporcionado negarles sus derechos a una reparación bajo el argumento de prescripción.

**II. Fondo:** Más allá de que el Estado chileno reconoció su responsabilidad internacional total por la violación de los derechos

a las garantías judicial y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH, el Tribunal de San José, resolvió realizar algunas precisiones sobre las violaciones a los derechos humanos reconocidas por el Estado, y sobre la controversia subsistente en torno a las reparaciones.

Señaló que, en casos de graves violaciones de derechos humanos y de manifiesta obstrucción de justicia, este Tribunal ha considerado que “en ciertas circunstancias el Derecho Internacional considera inadmisibles e inaplicables la prescripción penal, así como las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad, a fin de mantener vigente en el tiempo el poder punitivo del Estado sobre conductas cuya gravedad hace necesaria su represión para evitar que vuelvan a ser cometidas” .

Tales institutos jurídicos o disposiciones son inadmisibles cuando “pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Asimismo subrayó que es consciente de los desarrollos que existen en el Derecho Internacional en materia de aplicabilidad del instituto jurídico de la prescripción a acciones judiciales para obtener reparaciones frente a graves violaciones de derechos humanos, tales como los que desde 1989 el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias señaló, en sus Observaciones Generales respecto del artículo 19 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que las “acciones civiles de indemnización no [...] estarán sujetas a la prescripción”.

Destacó igualmente lo dispuesto en los principios 6 y 7 de los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener

Reparaciones, aprobados en el año 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Luego de invocar el desarrollo en la materia en el derecho comparado en ciertos países, resaltó lo dispuesto en el artículo 2561 del Código Civil y Comercial de Argentina que establece que “las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles”.

De igual forma ponderó el cambio jurisprudencial de la máxima autoridad judicial de Chile, que reconoció que no es aplicable la prescripción civil a acciones que procuren reparaciones por daños y perjuicios ocasionados por ese tipo de hechos.

Por último, y en relación con la idoneidad de mecanismos de reparación a nivel interno, considero que, en escenarios de justicia transicional, en los cuales los Estados deben asumir su deber de reparar masivamente a números de víctimas que pueden exceder ampliamente las capacidades y posibilidades de los tribunales internos, los programas administrativos de reparación constituyen una de las maneras legítimas de satisfacer el derecho a la reparación. En esos contextos, esas medidas de reparación deben entenderse en conjunto con otras medidas de verdad y justicia, siempre y cuando se cumplan con una serie de requisitos relacionados, entre otros, con su legitimidad y efectiva capacidad de reparación integral de las mismas. El hecho de combinar reparaciones administrativas y judiciales, según cada Estado, puede ser entendido como de carácter diferente (excluyente) o complementario y, en este sentido, podría tomarse en cuenta, en una vía, lo otorgado en la otra.

**III. Reparaciones:** El Tribunal, tomando en cuenta el reconocimiento estatal, el tiempo transcurrido y la duración adicional que podría implicar la habilitación de un recurso judicial o el inicio de nuevas causas, y a efectos de que las víctimas reciban de forma pronta alguna reparación, estimó pertinente disponer, en aplicación del principio de complementariedad, que el Estado otorgue directamente una compensación a cada una de las víctimas del presente caso.

Al respecto agregó que la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas internas o los actos estatales y la Convención Americana, incumbe a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, y debe ser realizada ex officio en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En consecuencia, sin duda corresponde también a todas las instancias judiciales, en todos los niveles, y no sólo a la Corte Suprema, mantener coherencia de criterio respecto de un tema que, en atención al referido cambio jurisprudencial, al reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado y a la evolución de las políticas públicas chilenas en materia de justicia, verdad y reparaciones para víctimas de graves violaciones de derechos humanos, en este momento se encuentra resuelto.

Y que en virtud de lo anterior, si bien la emisión de una ley que determine expresamente la inaplicabilidad de la figura de la prescripción en ese tipo de acciones civiles, podría ser una vía pertinente para cerrar en definitiva futuras interpretaciones contrarias a la Convención en ese sentido, no han sido aportadas suficientes razones para considerar que ello sea una medida absolutamente indispensable para garantizar la no repetición de los hechos, por lo cual no corresponde ordenarlo. Corresponderá a las autoridades legislativas del Estado determinar la viabilidad y pertinencia de ello en el marco de sus competencias. Sin perjuicio de ello, es función actual y futura de todos los órganos vinculados a la administración de justicia del Estado, en todos los niveles, ejercer un adecuado control de convencionalidad en causas similares a las presentadas en este caso.

**Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.**

**I. Hechos:** El caso se relaciona con una serie de violaciones cometidas contra 11 mujeres y sus familiares en el marco de una

protesta social de floricultores en los municipios de Texcoco y San Salvador de Atenco, en mayo de 2006, en la se sucedieron detenciones ilegales, arbitrarias y sin que se informe las razones de las mismas, ni sobre los cargos respectivos, lo cual persistió cuando acudieron a rendir su primera declaración sin defensa técnica. Asimismo, la Comisión determinó que las once mujeres fueron víctimas de diversas formas de tortura física, psicológica y sexual en el marco de su detención, traslados y llegada al centro de detención, así como que el Estado incumplió con su obligación de investigar con la debida diligencia y en un plazo razonable estos hechos.

**II. Fondo:** El Tribunal de San José, más allá de valorar positivamente el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por México, en aras de asegurar una mejor comprensión de la responsabilidad internacional estatal, del nexo causal entre las violaciones establecidas y de las reparaciones que se ordenarán, estimó pertinente precisar las violaciones a los derechos humanos que acontecieron en el presente caso.

Asimismo, la Corte expresó que no puede dejar de destacar, de manera preliminar al análisis del contexto, que los hechos del presente caso sucedieron en un Estado democrático.

El caso en análisis resulta valioso por el examen que hace el Tribunal sobre el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad del Estado y la afectación al derecho de reunión; la violencia sexual y violaciones sexuales cometidas en perjuicio de las once mujeres y su calificación como tortura en este caso; el uso de la violencia sexual como un arma de control de orden público; el empleo de estereotipos en la represión y atención a la denuncia de abusos por parte de las víctimas; la violencia médica experimentada por las víctimas; y la discriminación por razones de género que se dio en este caso.

Sobre el uso de la fuerza y el derecho de reunión en el marco de protestas sociales, recordó que, el uso de la fuerza acarrea obligaciones específicas a los Estados para: (i) regular adecuadamente su aplicación, mediante un marco normativo

claro y efectivo; (ii) capacitar y entrenar a sus cuerpos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos, los límites y las condiciones a los que debe estar sometido toda circunstancia de uso de la fuerza, y (iii) establecer mecanismos adecuados de control y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza.

Que tomando en cuenta lo anterior, en caso que resulte imperioso el uso de la fuerza se impone satisfacer los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad, de modo que la evaluación de la convencionalidad del uso de la fuerza debe hacerse sobre todas las circunstancias y el contexto de los hechos, teniendo en cuenta estos criterios.

En esta dirección enfatizó que si bien los Estados gozan de un cierto grado de discreción al evaluar el riesgo al orden público, a efectos de disponer el uso de la fuerza, esa discrecionalidad no es ilimitada ni carece de condiciones, particularmente cuando se trata de reuniones, protestas o manifestaciones protegidas por el artículo 15 de la Convención. Corresponde al Estado demostrar que adoptó las medidas estrictamente necesarias y proporcionales para controlar el riesgo percibido al orden público o a los derechos de las personas, sin restringir o violentar innecesariamente el derecho a la reunión pacífica de las demás personas.

Ello así, puesto que la seguridad ciudadana no puede basarse en un paradigma de uso de la fuerza que apunte a tratar a la población civil como el enemigo, sino que debe consistir en la protección y control de los civiles.

La Corte Interamericana también subrayó que el derecho a protestar o manifestar inconformidad contra alguna acción o decisión estatal está protegido por el derecho de reunión, consagrado en el artículo 15 de la Convención Americana que reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas y abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. Que, la posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras

más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente.

Señaló que el derecho de reunión y de expresión están intrínsecamente relacionados, ya que el ejercicio del derecho de reunión es una forma de ejercer la libertad de expresión. Teniendo cada uno su ámbito, sentido y alcance propios, y debiendo ser interpretados y aplicados teniendo en cuenta su especialidad. De modo que, la violación del derecho de reunión podría generar una afectación a la libertad de expresión, no obstante, para que se configure una violación autónoma de la libertad de expresión, distinta al contenido inherente del derecho de reunión, sería necesario demostrar que la misma fue afectada más allá de la afectación intrínseca a la violación declarada del derecho de reunión.

Respecto de la violencia sexual y violaciones sexuales cometidas en perjuicio de las once mujeres y su calificación como tortura, indicó que siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará, la Corte ha considerado que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

Y que, siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del derecho penal internacional como en el derecho penal comparado, este Tribunal ha considerado que la violación sexual es cualquier acto de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. Para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por superficial que sea, en los términos antes

descritos. Además, se debe entender que la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal.

Que en particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima, y que la violación sexual de una mujer que se encuentra detenida o bajo la custodia de un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente.

En el caso bajo estudio, la Corte observa que la violencia sexual sufrida por las víctimas no fue aislada, sino que se enmarca dentro de un patrón que se dio a lo largo de todo el operativo. Más aún, se desprende que las once mujeres de este caso fueron golpeadas, insultadas, maltratadas y sometidas a diversas formas de violencia sexual por múltiples policías al momento de su detención, durante sus traslados y al momento de su ingreso al CEPRESO.

Esto le permite colegir a la Corte que, en este caso, sobresale la naturaleza sexual o sexualizada de toda la violencia ejercida contra las víctimas. Los tocamientos, manoseos, pellizcos y golpes se infringieron en partes íntimas y, típicamente reservadas al ámbito de la privacidad de cada persona, como los senos, genitales y boca. Además, muchas de ellas fueron sometidas a desnudos forzados en los autobuses o camiones en que fueron trasladados al CEPRESO o al entrar al penal. Asimismo, los insultos, abusos verbales y amenazas a los que fueron sometidas las mujeres tuvieron connotaciones altamente sexuales y discriminatorias por razones de género.

Adicionalmente, más allá de que las once mujeres de este caso fueron víctimas de violencia sexual, siete de ellas fueron además víctimas de violación sexual.

Todo este cuadro indujo al Tribunal de San José a determinar si esta violencia además constituyó tortura.

Al respecto concluyó de conformidad con su propia jurisprudencia que la violación sexual es una forma de tortura. Que ha considerado que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, y en términos generales, la violación sexual, al igual que la tortura, persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.

De modo que, para calificar una violación sexual como tortura deberá atenerse a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, tomando en consideración las circunstancias específicas de cada caso.

Que en el presente caso, es claro que los policías actuaron deliberadamente en contra de las once mujeres. Dada la naturaleza sexual de la violencia ejercida, la repetición y similitud de los actos cometidos en contra de las distintas mujeres, así como las amenazas e insultos que profirieron en su contra, para la Corte es evidente que dichos actos fueron intencionales.

Por otra parte, en cuanto a la severidad del sufrimiento, la violencia sexual cometida por agentes estatales, mientras las víctimas se encuentran bajo su custodia, es un acto grave y reprochable, en el cual el agente abusa de su poder y se aprovecha de la vulnerabilidad de la víctima, por lo que puede causar consecuencias psicológicas severas para las víctimas.

Por último, en torno a la finalidad perseguida, la violencia ejercida contra las once mujeres tenía el objetivo de humillarlas, a ellas y a quienes asumían eran sus compañeros de grupo; de atemorizarlas, intimidarlas e inhibirlas de volver a participar de la vida política o expresar su desacuerdo en la esfera pública, pues no les correspondía salir de sus hogares, único lugar en el que supuestamente pertenecían de acuerdo a su imaginario y visión estereotipada de los roles sociales; pero además tenía el distintivo propósito de castigarlas por osar cuestionar su autoridad, así como en retaliación por las supuestas lesiones sufridas por sus compañeros policías.

Por lo que, en conclusión, el conjunto de abusos y agresiones sufridas por cada una de las once mujeres de este caso,

incluyendo pero no limitándose a las violaciones sexuales, constituyeron actos de tortura por parte de agentes estatales.

De manera adicional, la Corte asimismo decidió que la gravedad de la violencia sexual en este caso, además de su calificación como tortura, surge también por el hecho que se utilizó como una forma intencional y dirigida de control social. La violencia sexual en el presente caso fue utilizada por parte de agentes estatales como una táctica o estrategia de control, dominio e imposición de poder; fue aplicada en público, con múltiples testigos, como un espectáculo macabro y de intimidación en que los demás detenidos fueron forzados a escuchar, y en algunos casos ver, lo que se hacía al cuerpo de las mujeres.

**III. Reparaciones:** Entre otras medidas de satisfacción, la Corte ordenó (i) sensibilizar a los miembros de los cuerpos de policía en abordar con perspectiva de género los operativos policiales, el carácter discriminatorio de los estereotipos de género como los empleados en este caso y el absoluto deber de respeto y protección de la población civil con la que entran en contacto en el marco de sus labores orden público, así como a (ii) capacitar a los agentes de policía sobre los estándares en materia del uso de la fuerza en contextos de protesta social establecidos en esta Sentencia y en la jurisprudencia de esta Corte. Este plan de capacitación debe ser incorporado en el curso de formación regular de los miembros del cuerpo de policía federal y estadual.





| OPINIÓN |

## **Ejercicio práctico para niños en edad escolar con un corolario**

Como se sabe, los minerales, los vegetales y los tejidos  
animales

tienen comportamientos diferentes.

Si tomamos, por ejemplo, un clavo, una papa y un trozo  
de carne

(no realizar con partes humanas la experiencia)

y los dejamos fuera de la heladera,

veremos que el clavo no se corrompe,

que la papa se corrompe mucho después que la carne,

que se corrompe rápidamente.

Corolario: el hombre, como se sabe, está hecho de  
carne;

en consecuencia, es lo más predispuesto a corromperse.

(De *Un arte invisible*, 2016)

Autor: *César Cantoni*

Arte de la portada: **Mauricio Andrés Valenti**

Serie ***Inmigrantes migrados 2019***

---

# Hacia una nueva arquitectura jurídica

Carlos Raimundi | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 429-440

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e262>

---

## I. Presentación

El pasado 10 de diciembre se cumplieron 70 años de la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, surgida de la flamante Organización de las Naciones Unidas para superar definitivamente las calamidades de la guerra que acababa de concluir.

A su vez, en la Argentina, en América Latina y en el mundo, atravesamos una etapa de injusticia y exclusión que pareciera dar por tierra con aquel propósito. Lo cual nos pone en la imperiosa necesidad de reparar los daños que ocasiona el neoliberalismo impuesto por el capital financiero globalizado, y recuperar una visión humanista y solidaria del mundo.

Por momentos parecería que estas políticas de sometimiento se apoyan sobre un laberinto jurídico que impide a los Pueblos una salida. Que, debido al enorme poder que las sostiene, resulta imposible liberarnos de esas barreras legales. Que no es viable edificar una nueva arquitectura normativa conforme a nuestros valores y principios igualitarios.

Pero no es así. La propia Declaración Universal de los Derechos Humanos establece con toda claridad la vigencia de los derechos de quienes padecen la pobreza, el hambre, la injusticia y el olvido, y que han sido quebrantados. Es decir, *son los grandes conglomerados y su desenfreno para maximizar su ganancia financiera quienes han violado el derecho internacional y sometido a las grandes mayorías*. Infringen todo principio

de Justicia, Igualdad, Preservación del Medioambiente, Derecho al Trabajo, al Confort y a la Felicidad, al Buen Vivir en definitiva, que deberían ser condiciones elementales para la vida de todo Ser Humano. Para nosotros, la Política como valor, consiste precisamente en garantizar esos derechos, su ejercicio efectivo. Consiste en devolver la propiedad de los mismos a quien verdaderamente corresponde, la persona humana. Y a los Pueblos que están conformados por el conjunto de personas humanas.

## II. El derecho internacional

El artículo 1° de la Declaración Universal consagra los principios de Libertad, Igualdad y Dignidad de todas las personas, los que se completan a lo largo de toda su extensión con el derecho de acceder a tribunales imparciales (art. 10), a la presunción de inocencia (art. 11) y a elegir libremente el Estado que será su residencia (art. 13), contraviniendo toda limitación a ejercer el derecho a emigrar. Además, a que se garantice un trabajo digno (art. 23) y un nivel de vida adecuado, expresado en un apropiado nivel de salud, educación gratuita, alimentación, vestido, vivienda y servicios sociales (art. 25).

Los art. 17 y 18 de la Carta establecen los derechos de propiedad individual y colectiva, y el compromiso de que nadie debe ser privado de los mismos, lo cual no debe restringirse a los bienes tangibles, *sino extenderse a la apropiación de los bienes sociales* como los mencionados, a los cuales podríamos agregar el esparcimiento o el acceso a los servicios públicos esenciales. En la medida que los intereses del mercado impidan el goce de los mismos, convertirá a este en una forma de totalitarismo, estará violando el derecho, y otorgando legitimidad a los Pueblos a implementar las vías que considere más propicias para su recuperación.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá, 1948, reafirma esta doctrina, en coincidencia con los restantes Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales, Culturales, Civiles y Políticos, todos ellos

ratificados, además, por el orden constitucional argentino, que les confiere una jerarquía superior a la de cualquier ley interna que los contradiga (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

*La evolución del sistema de poder a nivel mundial ha determinado que la violación de estos derechos no proviene tanto de los abusos provenientes del Estado, sino de la concentración del capital financiero transnacional. Esto, no sólo impide a los Pueblos el goce de sus legítimos derechos, sino que inclusive somete a los Estados más débiles a través de la imposición de medidas restrictivas que derivan muchas veces de acuerdos internacionales de menor jerarquía ética y jurídica que los mencionados. Sin embargo, el art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y su Protocolo Facultativo señala que un Estado está facultado para suspender sus obligaciones cuando esté en peligro la vida de la Nación, como ocurriría en caso de un endeudamiento excesivo que ponga en riesgo los derechos fundamentales de su población. Así como el interés de un monopolio u oligopolio privado que preste servicios esenciales de ningún modo puede prevalecer sobre el derecho humano y social de una familia o un establecimiento fabril a acceder a los mismos, ningún acreedor puede colocar sus intereses financieros por sobre el interés supremo de un Pueblo a su preservación.*

### III. El derecho interno

En el derecho interno, es el Preámbulo de la Constitución Nacional el que ilumina desde el vértice de la pirámide jurídica a través de los grandes principios contenidos en él, a saber:

*Constituir la Unión Nacional.* Este principio ha sido reiteradamente trastocado por políticas que conllevaron y conllevan a una sociedad cada vez más fragmentada, no sólo desde el punto de vista de los ingresos materiales. El propósito de la fragmentación social se revela en la omnipresente intención de parte del poder real, de enemistar al Pueblo con la Política y con el Estado, como asimismo distanciar la consideración de los sectores medios hacia los sectores populares.

“La política es corrupta” y “el Estado es ineficiente y anacrónico” son mensajes emitidos con absoluta persistencia desde todos los vectores de la comunicación en manos de los poderes establecidos, ya se trate de las noticias, la ficción o el humor, entre todos los demás campos de la comunicación y la cultura.

El otro mensaje pertinaz es aquel que da cuenta de logros como el trabajo y la vivienda por parte de sectores medios, como resultado del puro mérito individual, mientras que si los sectores más humildes no han podido acceder a ellos es por su falta de esfuerzo, y no debido a los límites estructurales que impone el modelo político y económico, intrínsecamente injusto.

Es posible que en algunos países centrales políticamente estables y socialmente cohesionados, los cambios de gobierno impliquen sólo una diferencia de matices en cuanto a las políticas centrales. En cambio, en países como el nuestro, que no han resuelto aún el dilema entre un proyecto de país soberano y un proyecto de colonia, cada cambio de gobierno suele expresar una suerte de cambio de régimen político. No hay margen para consensos fundamentales entre un jubilado y la administradora privada que arriesga sus haberes en la tómbola financiera, entre una familia rural y un pool de siembra preocupado por la cotización de la cosecha en un mercado asiático de futuro, ni entre una familia humilde y un monopolio que la priva de acceder a los servicios públicos esenciales. Esa “grieta” en torno de cuestiones fundamentales como la noción de Justicia, Libertad o Igualdad, es, por lo tanto, consecuencia de fórmulas neoliberales que han dividido deliberadamente a nuestras sociedades. Y esto es una clara violación del concepto de Unión Nacional postulado por el Preámbulo de nuestra Constitución.

El día que el Pueblo esté sólidamente asociado a la Política y al Estado, y los sectores medios y populares formen una abigarrada masa crítica en torno de sus demandas comunes, se habrá conformado entre ellos la gran coalición social y política capaz de detener la agresión de los proyectos oligárquicos, y se habrá configurado la necesaria “Unión Nacional” que proclama nuestra Constitución.

*Afianzar la Justicia.* ¿Existe la Justicia en un país que tolera la prisión de personas sin condena firme o por razón de su pensamiento político? ¿Existe la Justicia cuando están detenidos quienes han cometido delitos leves como robar por hambre, mientras los funcionarios que causaron esa situación de inequidad colectiva y estructural no sólo están libres, sino que colocan sus fortunas colosales en guaridas fiscales del exterior? ¿Existe la Justicia en un país donde los jueces consienten el corte de un servicio esencial como la luz y el gas a una familia pobre por no pagar tarifas confiscatorias, mientras los balances de los monopolios prestadores arrojan ganancias siderales? En definitiva, es el modelo neoliberal el que vulnera el principio de Justicia contenido en el Preámbulo de la Constitución Nacional.

*Consolidar la Paz Interior.* En la medida en que la política estatal más se desentiende de la acción de los mercados, más deberá reforzar su faceta represiva para contener la demanda social. En cambio, si la política estatal disciplina a los mercados en pos de una mayor distribución del ingreso y la propiedad, menos deberá recurrir a sus atributos de coerción, consolidando, de ese modo, la Paz Interior. Esta es violentada, pues, por el modelo neoliberal, que actúa una vez más contrario a derecho.

*Proveer a la Defensa Común.* La defensa de la autonomía de un país va de la mano del desarrollo de la educación, la ciencia y la tecnología. Los recortes presupuestarios que cercenan esos derechos a una porción cada vez mayor de la población van en sentido contrario del principio de la Defensa Común, aun si se lo pretendiese limitar al terreno de la defensa militar. Nuevamente es el neoliberalismo, y no los proyectos nacionales y populares, los que no proceden conforme a derecho.

*Promover el Bienestar General.* ¿Cómo asociar el Bienestar General con los despidos, recortes a la inversión estatal en bienes sociales, cierres de fábricas y talleres? El proyecto neoliberal (que es a su vez neo-colonial y neo-fascista) encubre debajo de sus frases más grandilocuentes como “volver al mundo”, “obtener una lluvia de inversiones” o “favorecer un clima de negocios”, su verdadero objetivo que es bajar el salario, mediante la amenaza

extorsiva de que de otro modo se perderá el empleo. El cierre de fuentes de trabajo y los bajos salarios no sólo gravitan en la economía de una familia, sino que la retrotraen a encrucijadas primitivas como mitigar el hambre y preservar el lugar en la fábrica. De este modo, abocada a la resolución de esas necesidades básicas, la familia se aparta de considerar otros temas fundamentales para el bienestar de un país como la propiedad soberana de sus tierras y sus recursos naturales estratégicos, que se tornan abstractos en comparación con aquellas necesidades acuciantes, las cuales, durante los gobiernos populares se dan por superadas.

*Asegurar los beneficios de la Libertad.* ¿Cómo asegurar libertades enunciadas en nuestro cuerpo normativo como la de entrar y salir del país o la de acceder a la Universidad pública de manera irrestricta, al niño que mendiga bajo el semáforo de la una esquina?

Somos herederos de los principios políticos de la revolución francesa, Libertad, Igualdad, Fraternidad. Pero los dos últimos tienen alcance sólo retórico respecto del primero, que se torna sustantivo por estar asociado a los principios económicos del Laissez faire-laissez passer (libertad de industria, libertad de comercio). Para aquella burguesía en ascenso, el papel del Estado y su relación con el valor Libertad tenía que ver con la defensa de la libertad económica y la propiedad privada individual, mucho más que con garantizar la dignidad de la persona y la propiedad de los derechos sociales. En nombre de aquella concepción de la Libertad, el capitalismo sobreviniente cometió los más terribles abusos. *Para nosotros, en cambio, cuando la libertad oprime, el Estado libera. El derecho es la forma jurídica de un proyecto político. Para liberar a los pueblos concebimos al derecho y al Estado.*

*Para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino,* lo cual desmiente por sí mismo toda posibilidad de poner límites a la presencia de hermanas y hermanos latinoamericanos en nuestro territorio. No son ellas ni ellos, sino la pésima administración política y económica del neoliberalismo-neoco-

lonialismo-neofascismo, el responsable de la falta de trabajo y la pobreza de estos momentos.

Por último, mientras la disposición transitoria primera de nuestra Constitución Nacional ratifica nuestra *soberanía imprescriptible e irrenunciable sobre las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes*, la administración neoliberal de Mauricio Macri ha claudicado invariablemente respecto de dicho postulado.

#### **IV. Descolonizar el saber. Disputar y reconquistar el sentido común**

La pregunta que surge, luego de analizar los grandes lineamientos del sistema jurídico tanto internacional como interno, es por qué partiendo de dichos principios hemos llegado a estos resultados. Y por qué creemos que tanto el derecho internacional como el derecho interno pueden llegar a ser un límite para nuestras aspiraciones de desendeudamiento, desmonopolización, intervención del Estado sobre el sector financiero, las corporaciones que manejan la tecnología agropecuaria, el comercio exterior, la circulación de divisas o las empresas que prestan servicios esenciales.

Por el contrario, *es el totalitarismo del capital financiero globalizado el que ha transitado por la ilicitud y la apropiación indebida de derechos (y por qué no el delito), el que ha procedido de manera contraria al derecho, lo ha violentado y ha tergiversado el significado del derecho, cuya naturaleza es ser un instrumento de la Justicia y la Igualdad en su sentido más profundo, y no de los privilegios de una élite.*

¿Cómo es posible que a partir de principios generales creados para amparar la Justicia, la Igualdad y el Bienestar General se haya llegado a resultados tan antagónicos, en términos de injusticia, desigualdad, desamparo, malestar? ¿Cómo puede ser que el poder haya construido normas jurídicas, éticas y lógicas para resguardar valores y situaciones antitéticas respecto de lo que los principios del derecho proclaman?

Boaventura de Souza Santos hace, junto a José Mariátegui, Enrique Dussel, Walter Mignolo, Aníbal Quijano y otrxs autorxs, un aporte más que importante a la descolonización de la cultura, el lenguaje, el saber y las estructuras de poder, a partir de lo que considera una nueva epistemología, la “Epistemología del Sur”, una mirada desde las luchas, no desde el poder.

En ese sentido, proponemos la elaboración de un nuevo paradigma jurídico. La presente judicatura aparentemente republicana se asienta en realidad sobre principios monárquicos, como el ser impartida desde “el palacio”, ser vitalicia, hereditaria, y estar eximida de pagar impuestos. Cuando el impartir justicia, tal como sucede con la economía, pasa a ser un saber de expertos, elaborado en un laboratorio y expresado en un lenguaje críptico, se aparta de toda connotación social, de toda aspiración a resguardar la paz y los derechos de las mayorías, para convertirse en un reducto de las élites del poder económico y tecno-burocrático, con la única finalidad de ayudarlas a mantener sus privilegios.

La consigna es, pues, democratizar la Justicia. Recuperar al Derecho como herramienta de la Democracia, no de la explotación. En este proceso de giro des-colonial, es necesario poner en disputa el sentido común configurado por los poderes fácticos en todos los terrenos.

En el plano internacional, digamos que los principales rasgos que definen al terrorismo son la muerte de inocentes, el tráfico de armas, la ruptura de las democracias. ¿Cuál es el país que ostenta en su haber el mayor número de víctimas inocentes, que más armas comercia y utiliza y que más democracias ha destruido? ¿Cuál es, en suma, el Estado que despliega más prácticas propias del terrorismo, aunque en la retórica pregone su intención de combatirlo?

En el terreno de las grandes cadenas de medios hegemónicos, digamos que la información, la comunicación, la cultura y el entretenimiento son derechos públicos. Y el espacio por donde transitan dichos contenidos, sea éste físico o virtual, analógico

o digital, por cable, fibra óptica, satélite o como fuere, es un espacio público. ¿Cómo puede ser, entonces, que la renta generada por el ejercicio de un derecho público que se transmite a través de un espacio público sea capturada por los monopolios mediáticos en lugar de ser socialmente distribuida?

En el terreno de los recursos estratégicos, que son de pertenencia pública, ¿cómo puede ser que su renta sea aprehendida por las multinacionales de la tecnología del petróleo, los cultivos, los alimentos o los medicamentos, en lugar de ser distribuida socialmente?

En el terreno financiero, ¿de quién son los recursos de los bancos, sino de sus aportantes, es decir, del Pueblo? ¿Por qué, entonces, están los Pueblos tan pobres y los banqueros tan ricos, si la tarea de estos últimos es simplemente administrar recursos que no les son propios?

Si una política de salud es administrada por un laboratorio privado en lugar del Estado, este necesitará convertir la enfermedad en crónica, para que sus negocios se sostengan indefinidamente en el tiempo. Si el petróleo es administrado por una corporación en lugar del Estado, la necesidad de maximizar y reproducir la ganancia la obligará a girar sus utilidades hacia nuevos mercados en lugar de reinvertirlas en favor del país que acredite la propiedad social del recurso. ¿Cómo se explica la existencia de Estados fuertemente dotados de recursos naturales, cuyos pueblos viven no obstante sumidos en la pobreza y el subdesarrollo?

La respuesta a estos interrogantes la encontramos en la necesidad de desestructurar el pensamiento colonial en el que fuimos formados. En nuestras escuelas debemos “desaprender” los preconceptos y estereotipos diseñados con inteligencia por el poder monopólico del capital financiero trasnacional para preservar su posición dominante. Al cabo de ese proceso, a nadie le quedaría la duda de que el Derecho y los sistemas jurídicos no pueden ser un instrumento de las prerrogativas de una minoría de poder, sino una herramienta de la Democracia profunda, aquella que se asienta en el poder popular.

## V. Conclusión

El desamparo de un ser humano –más aun de millones de ciudadanas y ciudadanos- jamás podría ser tolerado por quienes profesamos la política desde una concepción humanista. Pagar el precio del desamparo a raíz de razones o explicaciones económicas implica para nosotros un trastocamiento de valores tan fundamental, que nos aleja irremediable e innegociablemente de quienes lo hacen. Somos portadores de otro modelo.

La maquinaria de subjetividad colonial interviene sobre los elementos de la relación comunicativa, disolviendo la identidad y la historia de una manera totalmente postmoderna. Intenta crear un sujeto fragmentado. Al asociar capitalismo con libertad o democracia, bajo un supuesto pluralismo adoctrina en el pensamiento único. Al presentarse como un servicio que basa su prestigio en la credibilidad del mensaje, los medios aprovechan para jerarquizar lo novedoso frente a lo importante, lo espectacular frente a lo sustantivo. Así, intentan incapacitar a la sociedad para ser consciente de las consecuencias del modelo de dominación y buscan instalar que su esfuerzo y toda construcción política será inútil para cambiar las cosas.

El dinero virtual se mueve a la velocidad de nanosegundos. Un poder galopante llegó para destruir todos los lazos y priorizar el deseo de lo efímero, anclar la subjetividad sólo en la inmediatez. Se desplaza toda posibilidad de construir lazos colectivos, ni a partir de la historia común, ni de la esperanza. Se intenta construir una apariencia de libertad centrada en la posibilidad de elegir los objetos de consumo, cuando en realidad, paradójicamente, estamos en presencia de la influencia ideológica y el control más desmedido que conozcamos.

El desafío es, en definitiva, delinear nuevos paradigmas de felicidad. Pier Paolo Pasolini pensaba el conflicto político –esto es, la búsqueda de la libertad- como una disputa entre diferentes ideas de felicidad. Veía como imposible el proponer otras finalidades dentro del actual marco de acumulación, para concluir en que “son necesarios otros vestires y otros andares, otra

seriedad y otras sonrisas, otros comportamientos”. La disputa política expresa un desacuerdo ético entre diferentes ideas de la vida, (de la “buena vida” según Pasolini, del “buen vivir” de los pueblos originarios), ideas que se inscriben en los gestos y en los dispositivos más cotidianos. Ideas distintas de las de la eficiencia y el productivismo en las que se cimenta el capitalismo. Sólo un nuevo imaginario, una nueva subjetividad, una nueva organización del deseo tendrán la fuerza para quebrar y superar la insatisfacción vigente, según la cual la riqueza se asocia con el vivir para trabajar, en lugar de trabajar para gozar de la vida.

En la Argentina aún está en disputa la disyuntiva entre Patria o colonia. Hasta tanto no esté resuelta en favor de la Patria, el derecho está en disputa, el lenguaje está en disputa, la formación del sentido está en disputa. Cómo se interprete una misma palabra, un principio o una norma jurídica, dependerá de quién los designe

En este marco, de lo que se trata es de construir un nuevo paradigma jurídico, un nuevo modo de interpretación del derecho, de los intereses a tutelar por él, que vaya en la dirección enunciada. El derecho es el esquema normativo de una serie de objetivos políticos; es la forma jurídica de un proyecto político. Una vez definido ese proyecto, sus prioridades, sus finalidades, y a partir de los principios generales enunciados, se diseña la estructura jurídica que dará legalidad formal a esos contenidos. El derecho colabora con la política, no a la inversa.

De ese modo se procedió cuando se lideró la doctrina de los crímenes de lesa humanidad, cuando se restructuró la deuda privada, cuando se rechazó el proyecto del ALCA, cuando se recuperaron los fondos previsionales del ANSES, cuando se recuperó AySA, Aerolíneas Argentinas e YPF, cuando se puso límites a la propiedad de tierras en manos extranjeras o cuando se rechazó el fallo del juez Griesa y se propuso una doctrina internacional para limitar las consecuencias sociales del endeudamiento de Estados soberanos que se plasmó en 9 principios aprobados por las Naciones Unidas.

La política es mucho más que “el arte de lo posible”. Es cierto que debe partirse de un principio de realidad, de premisas verdaderas y no idílicas. Pero si la política sólo actuara dentro de los límites que le impone “lo posible”, perdería toda su esencia transformadora, que es el fuego sagrado que la sostiene.

La voluntad, la decisión, el coraje, son rasgos esenciales de la política. Combinando base social, liderazgo, unidad de concepción, programa y organización, la política debe proponerse “generar acontecimiento”, esto es, crear las condiciones que hagan posibles los objetivos políticos propuestos. Sin perder de vista aquello de lo que el capital trasnacional carece: ética y dimensión humana.

---

# ¡Bailá, imbécil, bailá!

## Notas sobre el movimiento político en curso en Francia<sup>1</sup>

Maria Kakogianni<sup>2</sup> | Universidad Paris VIII  
| Vincennes-Saint-Denis, Francia

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686  
Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 441-447  
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e263>

---

Un espectro recorre las compras de Navidad. Desde hace algunas semanas, las rotondas no sirven más para doblar interminablemente buscando la buena dirección, sino a bajar la velocidad y a encontrarse. Desde hace algunas semanas, la actividad económica sufre una pérdida de ganancias considerable, y sin embargo, no ha habido un movimiento masivo de huelga. Hay gente que toma el asfalto, bloquea las intersecciones (*carrefours*), abre los peajes, hace partidos de fútbol o conciertos improvisados en las autopistas y lo que se entendía habitualmente como “manifestación” cambia de cara, o más bien, inventa una nueva máscara. Muy pequeñas ciudades de provincia conocen manifestaciones de secundarios en su centro, mientras que los “Chalecos Amarillos” toman la rotonda que da acceso a la zona comercial del supermercado, la estación de servicio y a la gran tienda de juguetes. En París se terminaron los recorridos *République-Bastille* (desde la Plaza de la República hasta la Bastilla) anunciados en Prefectura donde la lógica del

---

<sup>1</sup> Traducido por Juan Ignacio Ferreyra (Diplomé en philosophie, Universidad de París VIII Vincennes-Saint-Denis) y Fernando Turri.

<sup>2</sup> Filósofa griega. Profesora en la Universidad de París VIII Vincennes-Saint-Denis. Entre sus escritos más destacados se encuentran *Le symptôme grec* (en colaboración con varios autores), *Entretien Platonicien* (junto con Alain Badiou) y su libro aparecido en 2017, *Printemps Précaires des Peuples*.

número parecía el elemento decisivo para aquellos y aquellas que buscaban “manifestarse”. Ya no es necesario comparar con las cifras de la policía para saber si una manifestación *tuvo éxito*, si la movilización “se debilitó” como se decía tan seguido en una época. Con gestos de soltura y adaptación, algo logró instaurar un nivel de crisis política raramente alcanzado en Francia estas últimas décadas. Sí, son migajas, un pequeño impuesto anulado; sí, son imposturas, pequeños reajustes de fachada, la suba del SMIC (salario mínimo) va a ser financiada por los contribuyentes, no por los patrones... La ira contra lo intolerable hay que guardarla intacta, movilizada, pero aún así, algo parece marcar una pausa en la desesperanza de las derrotas sistemáticas. Es sin dudas muy temprano, y la secuencia se mantiene abierta, pero varios signos permiten pensar, esperar, apercibirse de cómo la movilización actual parece modificar el repertorio gestual y prácticos de los “movimientos” del siglo pasado.

Un movimiento de masas como el país ha conocido poco desde hace tiempo, un movimiento ambivalente, ideológicamente confuso, que lo denominamos “informal” por estar desprovisto de estructuración política y sindical. Pero es suficiente un poco de *materialismo disléxico* para entender bajo la expresión de un movimiento informal, no solamente lo que se desprende de un cierto formalismo, de un cierto repertorio de formas, sino también, al mismo tiempo, por el mismo gesto, lo que “in-forma” – lo que (se) pone en una nueva forma. Por eso, haría falta escuchar a los bailarines cuando nos dicen que no es el cuerpo quien “hace” gestos sino más bien son los gestos quienes hacen al cuerpo. Tenemos tantas malas costumbres que nos tomamos por cuerpos. Pero no somos cuerpos. Somos a nuestra manera esferas de posibles en relación a gestos. Mientras el repertorio de gestos siga siendo el mismo, pensamos tener un cuerpo formado, finito, listo para el empleo. Y que haría falta, por ejemplo, “hacer huelga”, o hacer esto o lo otro, para que haya “movimiento social”.

Podríamos hablar de un dato estructural del capitalismo tardío, la intermitencia, la precariedad y el desempleo de masas

que hacen que el lugar de trabajo sea cada vez menos el lugar de movilización por excelencia. Pero esto sería todavía explicar los gestos por la estructura, más que dejar la estructura perturbarse por los gestos. Durante más de un siglo, el “movimiento obrero” ha jugado un rol in-formador para las movilizaciones populares, poniendo el paro del trabajo en el centro y organizando cara-a-caras con el capital y la fuerza de trabajo. Le pasaba todavía al capital que tenía que ceder. TINA<sup>3</sup> no había instaurado todavía su reino-sin-compartir. Cuando, en el comienzo del Siglo XXI, los “movimientos de plazas” comenzaron a estallar, dispersados en varias partes del globo, los movimientos populares parecían tomar por entonces la forma de un paro “en la plaza”. Se trata de permanecer de pie<sup>4</sup>, de tomar una plaza y mantenerla, suspender un gesto más bien que someterse al imperativo de actuar, liberar la palabra, sin buscar verdaderamente bloquear la economía. Una nueva secuencia de *sueño general*<sup>5</sup> parecía asomar la nariz. Era antes de la nueva tragedia griega, antes de Trump y Erdogan, y Bolsonaro, antes del populismo de extrema derecha fascistoide. Durante estas movilizaciones de plaza, el “fuierismo” político<sup>6</sup> ha sido fuerte y múltiple, pero el cara-a-cara con el capital que había estructurado la secuencia precedente parecía entonces...demasiado estratégico, demasiado jacobino, demasiado marxista-leninista, ya poco importa, pero demasiado de algo, como si hubiera hecho falta hacer economías<sup>7</sup> para liberar

<sup>3</sup> “There is no Alternative”. “No hay alternativa”. La consigna ideológica (ya casi post-ideológica) que trata de imponer el sistema dominante. Nota de los traductores. (NdT)

<sup>4</sup> En francés ‘*tenir debout*’, referencia adrede y explícita a la *nuit de bout* francesa, la *noche de pie*, como se denominó al movimiento de ocupación de plazas de la primavera de 2016 contra la Ley de Trabajo (la reforma laboral). NdT.

<sup>5</sup> En francés *rêve général*, una consigna repetida en el movimiento de 2016; una clara alusión a *grève générale*, ‘huelga general’. Por *rêve* se entiende sueño en el sentido de los sueños sobre el futuro. NdT

<sup>6</sup> En francés *dégagisme politique*. *Dégager* es ‘sacarse de encima, correr, tomárselas’. Una consigna en 2018 ha sido “Macron, *dégage!*”, que traduciríamos por “¡Fuera Macron!”, al que agregamos con eco “¡Fuera Macrí!”. NdT.

<sup>7</sup> *Faire des économies*, en el sentido de soslayar la secuencia precedente. NdT.

la potencialidad performativa de la Diferencia que estaría en fin liberada de la política de los dinosaurios con su dialéctica y sus movimientos de contradicción.

En algún sentido, esos movimientos de plazas escupieron sobre Hegel. Las movilizaciones actuales parecen un poco menos dispuestas a hacerlo. Medios precarios, puestos en marcha con mucha soltura, han bastado a instaurar a la vez un nivel de crisis de legitimación y de representación política, pero también de presión económica. Encontramos la combinación única de dos elementos tácticos (y aparentemente contradictorios) concernientes al tiempo y al espacio de la movilización. De una parte, la combinación de largas duraciones -en los pequeños pueblos improbables donde se tejen vínculos locales- con momentos de intensidad y de confrontación directa y de codo a codo. Por otra parte, la combinación de extrema dispersión -con pequeños reagrupamientos un poco por todo el territorio- y de concentración durante los “sábados” siguientes en los grandes centros urbanos.

Es esta extraña combinación que mezcla centro y periferia, larga duración y momentos intensivos, codo-a-codo y evitamiento, sin el dar el privilegio a ninguno de los dos, la habría que intentar quizás de mantener-*en-vida*<sup>8</sup> durante los días y semanas que vienen. Esto quiere decir: no caer en la trampa de un sábado decisivo y “central” donde habría un umbral a traspasar. Sí, hace falta ser muchos el sábado próximo; sí, hacía falta ser muchos el sábado pasado, pero también haría falta evitar re-actuar una vieja dramaturgia que instaure la primacía de la plaza del centro, del momento decisivo.

Si pudiéramos hablar de una nueva dramaturgia que deviene perceptible en las movilizaciones actuales, es tanto porque el desarrollo principal parece ser no una posición, una plaza preciosa a conquistar, sino la movilidad misma. O para

<sup>8</sup> Juego de palabra entre *garder-en-vue* (por *garde-à-vue*, las detenciones en comisaría, cuyo número viene siendo exponencial durante el movimiento) y *garder-en-vie*, ‘mantener con vida’. NdT.

decirlo de otra manera, es menos una posición contra otra, que la confrontación de regímenes de movilidad y de circulación. La macroniana idea de “start up nation” y aquella de la rotonda ralentizada, de peajes abiertos, de accesos bloqueados en los centros comerciales, de manifestaciones sin trayecto declarado a la prefectura.

Parece extremadamente difícil, sea completamente “fuera del piso”, convocar al *proletariado* o al todavía más reciente *precariado* [los precarizados] como clase de los sin-clases para aprehender al movimiento actual. Por un extraño contagio gravitacional, es también algo del orden de una *transclasse* que parece agitada y “agitante” [actora]<sup>9</sup>. En su seno, ella hace encontrarse y entrechocarse a fuerzas heterogéneas, políticamente diversas, hasta opuestas, e ideológicamente dispares. Es quizás una entre otras singularidades del movimiento: la palabra “pueblo” ha resurgido con mucha insistencia junto con el imaginario y el capital simbólico de la Revolución Francesa. Estos últimos años, en los grandes movimientos en Francia se acostumbraba ver las referencias a la Comuna a lo alto de los afiches o de Mayo del 68 o los dos a la vez (último ejemplo en fecha son los de 2016 contra la reforma laboral), pero la referencia a la R.F. quedaba en somnolencia. Como si fuera una incapacidad colectiva de re-convocar este recuerdo. Un impuesto de más ha alcanzado, en un contexto en que el presidente Macron se daba aires de un monarca que quería “revolucionar” Francia, deshaciéndose de los “cuerpos intermedios” y caminando solitario delante del Palacio del Louvre el día de su investidura.

A los profesionales del orden izquierdista y del desorden insurreccionalista, el movimiento de los Chalecos Amarillos parece dirigir una invitación a bailar. Gestos que hacen cuerpos más bien que a la inversa. La danza como lo que nos permite sentir que no tenemos “un” cuerpo. Como lo que vive a la vez en el espacio y el tiempo, “entre” los rituales, las ceremonias, los

<sup>9</sup> Juego de palabras entre *agitée* y *agissante*. NdT.

símbolos, y el surgimiento de nuevos movimientos, “entre” la corporalidad como territorio y la corporalidad como gesto.

Constituye un momento fuerte y un punto de inflexión en las movilizaciones que para el sábado 1° de Diciembre el Comité Adama decida manifestar con los “Chalecos Amarillos”, junto con el colectivo de la entre-estaciones [*intergare*] de los ferroviarios parisinos (formado durante la batalla de las vías de la pasada primavera), con colectivos feministas y LGBTI, con estudiantes y otros. Una semana más tarde los secundarios entran masivamente en el baile. Cuestiones de interioridad y de exterioridad, de mixtura *formando con* los Chalecos Amarillos o de no-mixtura “formando” simplemente el hecho de que la cosa estalle y que dé una nueva oportunidad a las organizaciones preexistentes y luchas situadas, estas cuestiones serán planteadas a lo largo de estos días y de los que van a seguir. Ni para disolverse ahí, ni para haer banda aparte, sino más bien buscando mantener esta inventiva táctica que los Chalecos Amarillos direccionan: desplegar estos gestos dobles de dispersión y de concentración, en el tiempo y en el Espacio...y asumir conflictualidades contra el *sistema*: el hombre rico, blanco, heteronormativo y biodegradante.

Zizek intenta en alguna parte explicar por qué habría querido un libro como una suerte de “Hegel para imbéciles”. Él distingue tres “momentos”. El *idiota* es aquél que comprende la lógica pero no el contexto. En nuestro caso, ese sería quien comprende perfectamente la lógica del capitalismo tardío pero en los que respecta a los “gilets jaunes”... haría falta re-pasar más tarde y con un manual universitario si es posible. Luego, está el *cretino* que se identifica enteramente al sentido común, al “gran Otro” de las apariencias, es la figura del Coro en la tragedia griega. En nuestro caso, ese sería un populismo primario, y accesoriamente reaccionario y sexista, que suplica en coro porque su presidente le hable por fin con respeto en tanto que padre de la nación. El *imbécil* se encuentra debajo del cretino, pero por arriba del idiota. Vamos a remarcar que en el conjunto tripartito idiota-imbécil-cretino, el imbécil no es un

tercer momento venido a sintetizar las contradicciones de los primeros. Es más bien alguien que no comprende demasiado lo que pasa, pero no es como todos los días, y se sorprende de hacer gestos, se sorprende de tener un cuerpo. Que es más de lo que es.

¿Escuchaste? Acaba de partir, y nadie se lo esperaba; mientras que todo el mundo lo esperaba, nadie osaba decir algo, aparte de su desilusión o su depresión transitoria; nadie osaba volverse loco, y justo después pasa, estalla por todos lados; no sabemos quiénes somos, no sabemos (a) dónde vamos, da miedo, y habrá todavía cuerpos que tendrán que afrontar una violencia no-posible, pero ¿Qué otra cosa se puede hacer? ¿Escuchaste? ¡Bailá, imbécil, bailá! (Diciembre de 2018)





| TRABAJOS DE GRADO |  
Y POSGRADO

## **Mi perro me habla**

Mi perro me habla y yo lo escucho.  
Es ordinario y callejero,  
como los perros de Diógenes.  
De ahí, tal vez, proceda su sabiduría.  
No fue a la escuela,  
no tuvo guías que lo guiaran  
ni consejeros que lo aconsejaran.  
Ergo, puede pensar libremente  
(éste es su mérito más grande)  
y, además, con alegría  
(algo poco habitual en el que piensa).  
En su filosofía, no cabe el platonismo.  
Tampoco hay margen para ídolos  
ni mitos traídos de los pelos.  
(Como no recibió bendiciones,  
nadie lo tiene en cuenta en el debate;  
no es más que un perro indigno, aseguran,  
y le arrojan un hueso con desprecio.)  
Sí, mi perro me habla y yo lo escucho.  
A veces, yo también le hablo a mi perro,  
pero, ¿qué puedo explicarle?  
Él ve claramente el horizonte  
donde mis ojos sólo ven la bruma  
del discurrir civilizado.

(De *Un arte invisible*, 2016)

Autor: *César Cantoni*

**Arte de la portada: Mauricio Andrés Valenti**  
**Serie *Inmigrantes migrados 2019***

---

## ¿Otra vez el Fascismo Eterno?

Juan Ignacio Ortega<sup>1</sup> | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 451-458

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e264>

---

El proyecto político del gobierno encabezado por Jair Bolsonaro reúne ciertos puntos de lo que Eco llama “Fascismo Eterno”<sup>2</sup>. Hablamos de esto debido a que, en su discurso, Bolsonaro presenta una retórica fuertemente xenófoba, racista, clasista, militarista y machista que no esconde y la utiliza como modo de ganar adeptos. Esta construcción discursiva fue decisiva para que los brasileros se vuelquen en las urnas a votarlo, agotados de un sistema político en decadencia desde el escándalo del Lava Jato<sup>3</sup> que provocó que el Brasil se inmiscuya en una crisis política, social y económica que tiene como hechos más relevantes el “Impeachment” a Dilma Rousseff<sup>4</sup>; el encarcelamiento de varios políticos por hechos de corrupción como el presidente de la Cámara de Diputados Eduardo Cunha<sup>5</sup> (impulsor del juicio político a Dilma) y el hecho más

---

<sup>1</sup> Estudiante de la carrera de abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

<sup>2</sup> ECO, Umberto (1997). “El fascismo eterno”. En *Cinco Escritos Morales (Cinque scritti morali)*, traducción de Helena Lozano Miralles. Sant Adrià de Besòs:Lumen. P 33-59.

<sup>3</sup> La Operación Lava Jato es una investigación iniciada en 2014 por la Policía Federal Brasileira en la cual se descubre una supuesta red de lavado de dinero en la cual se verían implicados múltiples actores de la política brasileria. Para entender de qué se trata podemos leer *Operação Lava Jato desarticula rede de lavagem de dinheiro em 7 estados* en la Agencia de Noticias de la Policía Federal Brasileira. (consultado el 19 de noviembre de 2018)

<sup>4</sup> *Brasil: el Senado destituyó a Dilma Rousseff por amplia mayoría*. La Nación (consultado el 19 de noviembre de 2018)

<sup>5</sup> Antonio Jiménez Barca *Detenido en Brasil Eduardo Cunha, impulsor del ‘Impeachment’ a Dilma Rousseff*. Diario El País. (consultado el 19 de noviembre de 2018)

importante: la persecución, detención y proscripción política a Lula Da Silva, candidato natural del Partido de los Trabajadores y claro líder en todas las encuestas electorales<sup>6</sup>.

A esta crisis de legitimidad del sistema político brasileño le tenemos que agregar la fuerte recesión económica acompañada de una reforma laboral que fue impulsada por el impopular expresidente Michel Temer. Los partidos políticos que dominaron la esfera política de Brasil los últimos tiempos, el Partido de la Socialdemocracia Brasileira (los “tucanos”) y el Movimiento Democrático Brasileiro han detonado su capital político (sus candidatos Gerardo Alckmin y Henrique Meirelles sacaron 5% y 1%, en las elecciones); las cámaras se encuentran completamente balcanizadas<sup>7</sup> y el dominio de la llamada “Bancada BBB” representante de la oligarquía terrateniente, la industria armamentística y los evangelistas es casi absoluto<sup>8</sup>.

Antonio Gramsci definía las crisis como “El viejo mundo se muere y lo nuevo no puede nacer: en este interregno se verifican los fenómenos morbosos más variados”<sup>9</sup> ese monstruo es Bolsonaro al que se lo puede definir como un fascista (lo expondré a continuación) o (como el que escribe suscribe) un pinochetista debido a su visión militarista, represiva y neoliberal, hijo de las dictaduras promovidas por Estados Unidos en Latinoamérica para instaurar un modelo económico de exclusión de matriz neoliberal en la región y disciplinar la oposición política a este modelo.

<sup>6</sup> Santiago Aristia *Brasil: según encuestas, Lula da Silva es el favorito para las presidenciales pese a estar en prisión*. France24 (consultado el 19 de noviembre de 2018)

<sup>7</sup> La Cámara de Diputados está compuesta por 513 diputados y el bloque con más miembros es el del Partido Social Liberal con solo 55 diputados mientras que en el Senado Federal de 81 senadores el bloque con más miembros es el del Movimiento Democrático Brasileiro con solo 13 escaños.

<sup>8</sup> Con la composición actual de la Cámara de Diputados la Bancada BBB posee 223 miembros. Para conocer más puede leer: Rafael Tatemoto *Bancada BBB se reconfigura e puede ampliar influencia nos próximos quatro anos* en Brasil de Fato (consultado el 15 de febrero de 2019).

<sup>9</sup> GRAMSCI, Antonio (1930). En Cuadernos de la Cárcel. Cita en el Tomo dos, cuaderno tres, página 37 & apartado 34 in fine, traducción de Ana María Palos. Editorial ERA (1981).

Bolsonaro, siguiendo las enumeraciones que hace Eco se lo puede considerar un fascista a pesar de no cumplir con todos conceptos señalados<sup>10</sup>.

En primer lugar, Eco habla de un “culto de la tradición” en el Ur-fascismo que en el electo presidente del Brasil podemos notar indefectiblemente, ya que uno de los pilares de campaña principales de Bolsonaro estuvo centrado en la defensa de “los valores de la tradición judeocristiana” en contrapartida de la “ideología de género”<sup>11</sup>. Utilizando todos los medios a su alcance, Bolsonaro logró instalarse como el principal defensor de los valores de vida brasileiros contra “el Comunismo”. El lema de la campaña electoral “Brasil encima de todo, Dios encima de todos” es el ejemplo más claro de ese tradicionalismo arraigado fuertemente a la religiosidad de Brasil y el recelo de la mayoría de la población contra el matrimonio homosexual y la comunidad LGBT.

Lo que define Eco en el culto de la *acción por la acción* cuando dice: “El mayor empeño de los intelectuales fascistas oficiales consistía en acusar a la cultura moderna y a la *intelligensia* liberal de haber abandonado los valores tradicionales”<sup>12</sup>. Se ve también en Bolsonaro, crítico fervoroso de Paulo Freire<sup>13</sup> al que tomó como adversario preferido y a sus ideas como enemiga a abatir, a las que considera marxistas, a tal punto de decir que quería “entrar al Ministerio de Educación con un lanzallamas

---

<sup>10</sup> Las características típicas pueden resumirse según Eco en: culto a la tradición, rechazo del modernismo, culto de la acción por la acción, rechazo del pensamiento crítico (“el desacuerdo es traición”, p. 51, *ibíd.*); miedo a la diferencia, llamamiento a las clases medias frustradas, obsesión por el complot (xenofobia); rechazo al pacifismo (“vida para la lucha”); elitismo y “rechazo a los débiles”, educación para el heroísmo y culto a la muerte; machismo (transferencia de la voluntad de poder a cuestiones sexuales, p. 54, *ibíd.*); Populismo cualitativo; uso de la “neolengua”.

<sup>11</sup> “Vamos a unir al pueblo, valorizar la familia, respetar las religiones y nuestras tradiciones judeocristianas, combatir la ideología de género conservando nuestros valores. Brasil volverá a ser un país libre de las amarras ideológicas” Sostuvo Bolsonaro en su discurso de investidura, reafirmando su matriz en la estructura discursiva que utilizó durante la campaña electoral.

<sup>12</sup> Eco, *ibíd.* P. 50

<sup>13</sup> Educador y alfabetizador popular brasileño, autor entre otras obras fundamentales de *La educación como práctica de la libertad* y *Pedagogía del oprimido*.

para eliminar a Paulo Freire” De ahí también surge algo llamativo en sus seguidores que tienen una facilidad increíble en llamar comunista a cualquiera que se le ocurra criticarlo, los fanáticos llegaron a denominar como comunista a Francis Fukuyama por escribir algo en contra de Bolsonaro en su Twitter personal.

Para el fascismo el desacuerdo es traición según Eco, y no hay nada más visible en Bolsonaro. Previo al ballottage el candidato proponía, textualmente, “limpiar Brasil de marginales rojos” donde los enmarca como enemigos de la nación y amenaza con encarcelarlos o matarlos. Con eso Bolsonaro toma al pueblo de Brasil como un actor uniforme y que no tendrá disidencias con su proyecto político y al que lo esté será castigado. Es el factor que más lo expone ya que, en el nazismo y en el fascismo italiano, se trató de totalizar al pueblo en uno, que seguía los mandatos del líder sin cuestionar y que lo aclamaba y defendían su accionar y al que se oponía se lo mataba o se lo enviaba a un campo de concentración. Siguiendo ese aspecto totalizador de la masa y en consonancia con el desacuerdo, Eco señala que el fascismo le teme a la diversidad y para explicitarlo nada mejor que escuchar un discurso de Bolsonaro en el cual les dice a las minorías que si no quieren desaparecer deben adecuarse a las mayorías.

Eco señala también que el fascismo es machista y quien hay como Bolsonaro para demostrar lo que dice: el notable desprecio contra las mujeres es muy común en sus presencias y no le interesa velarlo en lo más mínimo. Desde decir que sus hijos eran una bendición excepto su hija que fue un error de Dios, de gritarle a una diputada del PT<sup>14</sup> que no la violaría por ser fea, de decir que hay algunas mujeres que pueden ganar lo mismo que un varón son demasiadas las exposiciones públicas donde Bolsonaro muestra su machismo y lo defiende, a lo

---

<sup>14</sup> *“Graba esto aquí, me está llamando violador. Jamás la violaría, ya que usted no lo merece”* Bolsonaro a Maria do Rosário Nunes, diputada federal por el PT en el año 2003. Ya en el 2014, el actual presidente lejos de arrepentirse sostendría que *“no merecería ser violada, porque es muy mala, muy fea”* en referencia a la misma mujer.

que sumamos su homofobia y su absoluto desprecio y racismo sobre la población negra.

Pero para mí, la clave del fenómeno Bolsonaro es algo que Eco señala al decir que:

El Ur-Fascismo surge de la frustración individual o social. Lo cual explica por qué una de las características típicas de los fascismos históricos ha sido *el llamamiento a las clases medias frustradas*, desazonadas por alguna crisis económica o humillación política, asustadas por la presión de los grupos sociales subalternos<sup>15</sup>.

En esta cita se explica lo que sucedió en Brasil, una sociedad que vio estos últimos años como toda su clase política se veía salpicada por escándalos de corrupción y como esta iba entrando en un estado de disgregación. Como expliqué al principio, *el impeachment* a Dilma y la detención de principales empresarios del país y lo explícito de la corrupción (videos de cómo Temer pedía recibir coimas, por ejemplo) sumándole una crisis económica y las constantes medidas de ajuste de la economía desde la presidencia de Rousseff fueron creando un escenario político ideal para la aparición de un líder “anti-establishment” que concentrase toda esa “bronca” popular. Ese líder parecía ser Lula, pero con su proscripción y la lógica de “Lula me cuidaba, ahora el ya no está y Bolsonaro me va a dar un arma para que me cuide” Bolsonaro pasó a ser la esperanza de esa clase media y baja levantando un discurso muy duro contra la corrupción y contra el sistema político brasilero que cautivó a mucha gente que sentía no encontrar ese líder protector que no podía ser Lula (aunque se debe aclarar que gran parte del voto de Bolsonaro es de un raigambre anti PT temeroso del comunismo).

De ese Brasil surgió este líder político al que le podemos encontrar muchas similitudes con el Fascismo Eterno de Eco, pero se le encuentran diferencias con lo que es el viejo fascismo

---

<sup>15</sup> Eco, *ibíd.* p. 50, el subrayado es del original.

ya que no tiene pretensiones imperialistas, por ejemplo. Eso sí, es un hijo directo de las dictaduras latinoamericanas con su exacerbado militarismo y un programa económico ultra neoliberal comandado por un Chicago Boy como es Paulo Guedes<sup>16</sup>.

Ya en la presidencia Bolsonaro está expuesto a diversos desafíos a los que se expuso debido a su retórica histriónica que lo ayudó a conseguir apoyos de amplios sectores sociales. El voto a Bolsonaro está compuesto en su mayoría por los trabajadores del sector industrial paulista, la clase media de las grandes ciudades blancas y donde predomina el evangelismo de Brasil (Rio de Janeiro, Curitiba, Porto Alegre, Belo Horizonte y la mencionada San Pablo) mientras que en el nordeste brasileño pobre, negro y católico el PT sostuvo su capital electoral.<sup>17</sup> La clave del triunfo de Bolsonaro no solo estuvo en los sectores anteriormente nombrados sino que logró penetrar en sectores de clase baja que antes se volcaban a otras ofertas. La promesa de mayor seguridad y la creación de una atmósfera por parte de Bolsonaro como defensor de los valores tradicionales del Brasil hicieron que el cordero vote al lobo.

Al llegar al poder el primer decreto de Bolsonaro consistió en una rebaja del salario mínimo<sup>18</sup> con lo que se confirma lo mencionado por el que escribe sobre la presencia de elementos que nos recuerdan al gobierno de Augusto Pinochet en Chile en el cual el neoliberalismo y el alineamiento a la política exterior de Estados Unidos, velado por un discurso y una acción reaccionaria, son sus características más notorias.

A su vez, Bolsonaro está en constante disputa interna con el Ejército de Brasil, que fue una de sus fuentes principales de apoyo. Con el Vicepresidente Hamilton Mourão a la cabeza, el

<sup>16</sup> Actual Ministro de Economía de Brasil, egresado en la Universidad Federal de Minas Gerais. En 1974 ingresó al Departamento de Economía de la Universidad de Chicago, cuna del neoliberalismo.

<sup>17</sup> El País *Bolsonaro arrasa en ciudades blancas y ricas: un mapa del voto en 5500 municipios*

<sup>18</sup> El Cronista *Bolsonaro debutó con una rebaja del salario mínimo previsto para 2019* (consultado el 15 de febrero)

Ejército presiona a Bolsonaro pidiéndole más presencia en el gobierno (actualmente cuenta con ocho ministros)<sup>19</sup> con el fin de tener más autonomía y disminuir la influencia del ministro más importante, Guedes “marcándole la cancha” al presidente y su programa político. Es menester recordar que el Ejército de Brasil cuando tuvo el poder en su país (la dictadura que transcurrió durante veintidós años entre 1964 y 1985) no suscribió a las políticas neoliberales del momento sino que mantuvo un plan desarrollista donde el sector industrial paulista (el ABC) tuvo un papel central. Estos desmarques del Ejército con la política del gobierno son comunes y uno de los últimos ejemplos es el rechazo a una intervención militar de Estados Unidos en Venezuela y la apertura del diálogo entre generales de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y los del Ejército Brasileiro<sup>20</sup>.

Las dificultades que Bolsonaro está teniendo para cumplir sus promesas electorales no significan que no haya tomado medidas simbólicas para mostrar a sus votantes como por ejemplo la exclusión del organigrama del Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos (a cargo de la pastora evangélica Damares Alves) la protección de los derechos humanos de la comunidad LGBT<sup>21</sup>, la quita de la protección a los territorios indígenas<sup>22</sup> y las declaraciones de la anteriormente nombrada ministra Alves donde celebra que en el nuevo Brasil las niñas vestirán de rosa y los niños de azul<sup>23</sup>.

La presidencia del Bolsonaro recién tiene pocos meses, notaremos en el transcurso del tiempo los alcances de su política,

<sup>19</sup> *Ámbito Partido Militar: ya son ocho los ministros con uniforme.* (consultado el 20 de febrero)

<sup>20</sup> *Infobae, El Vicepresidente de Brasil dijo que una acción militar de Estados Unidos en Venezuela no tendría sentido* (consultado el 22 de febrero)

<sup>21</sup> *HOY de Córdoba Bolsonaro sacó de la órbita estatal a la comunidad LGBT* (consultado el 20 de febrero)

<sup>22</sup> *New York Times En su primer día, Jair Bolsonaro socavó los derechos de los indígenas sobre su tierras* (consultado el 20 de febrero)

<sup>23</sup> “¡Atención, atención! Es una nueva era en Brasil: niño viste de azul y niña viste de rosa” se le escuchó decir en un video a la ministra Damares Alves

sus limitaciones, sus acciones y si consolida su poder dentro de la estructura que actualmente lo está solventando al mando de la principal economía de América del Sur. Hasta ahora, se presenta un camino espinoso para el ex capitán del Ejército y del lema electoral “Brasil encima de todo y Dios encima de todos” queda un Bolsonaro sometido a la benevolencia de Dios que tendrá que lidiar con su propia base de apoyos y su capacidad de cumplir con las promesas a cada uno de los grupos que lo llevaron al Palacio do Planalto para que el Brasil no se lo lleve puesto a él.

---

# Hacia una suerte estructural: una reflexión a partir del concepto de “privación de libertad colectiva” en la obra de Gerald A. Cohen

Andrea F. Schuster<sup>1</sup> | Universidad de Buenos Aires

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 459-476

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e265>

---

**Resumen:** Todas las categorías de la suerte que distinguen los teóricos de la llamada suerte moral comparten en alguna medida que parten del análisis del impacto de la suerte en términos individuales. No obstante, también tiene especial relevancia para el mundo jurídico la suerte en su aspecto colectivo. Aquí, partiendo del análisis del concepto de “privación de libertad colectiva” desarrollado por Gerald A. Cohen, reflexionaré acerca de la suerte como elemento que priva de libertad en su aspecto *estructural*, sin controvertir asumiendo la premisa liberal de la existencia de la libertad en términos individuales. Así, intentaré demostrar que, si bien la suerte puede tener o no un impacto real en términos individuales en una circunstancia en particular, tiene necesaria y simultáneamente efectos en términos colectivos; que deben ser tenidos en consideración para pensar la responsabilidad que el derecho penal atribuye.

**Palabras clave:** suerte-moral-estructural-liberalismo-cohen-castigo

**Abstract:** All categories of luck distinguished by the theorists of moral luck share the fact that they consider the impact of luck only on its individual aspect. However, luck in its collective perspective has special relevance for the legal analysis. In this article, starting from the concept of “collective deprivation of liberty” developed by Gerald A. Cohen, I will reflect about luck as a fact which deprives of liberty on its *structural* aspect,

---

<sup>1</sup> Agradezco especialmente al Prof. Gustavo Beade por debatir estas ideas conmigo, por sus comentarios, sugerencias y su dedicación docente.

assuming the liberal premise of the existence of liberty in individual terms. This way, I will try to demonstrate that even if luck can or cannot have a real impact in individual terms in a particular circumstance, it necessarily and simultaneously has effects on its collective aspect. This should be considered by criminal law to attribute liability.

**Key words:** moral-luck-structural-liberalism-cohen-punishment

---

## Introducción

El Derecho, y considero que en particular el Derecho Penal, tiene una marcada tendencia a excluir del análisis integral de las problemáticas de atribución de responsabilidad la cuestión de la libertad de decisión sobre nuestras conductas, así como la efectiva libertad de ejercicio de tales acciones. Así, por lo general, los manuales y tratados de Derecho Penal se refieren a la “voluntad”, al “control”, o bien utilizan el concepto de libertad otorgándole un significado mucho más restrictivo que el que el término conlleva. Ello podría ser así por el conflicto que supone introducir conceptualizaciones más amplias al término en orden a la posibilidad de atribución de responsabilidad, o bien porque los autores/as en general y en términos filosóficamente más abarcativos comparten una noción de libertad más restringida (por ejemplo, la “libertad negativa” como la no interferencia del Estado). Asimismo, las veces que los/as teóricos/as del Derecho Penal han trabajado esta cuestión lo han hecho muchas veces considerando a la libertad sólo como bien jurídico protegido y siempre en su dimensión individual (la libertad ambulatoria de la víctima individual, la libertad de expresión, por ejemplo).<sup>2</sup>

No obstante, a lo largo de este trabajo, intentaré repensar a la libertad en términos sustancialmente más amplios como

---

<sup>2</sup> Respecto del bien jurídico protegido, véase VON LISZT, F., *La idea de fin en el derecho penal*, México DF, Ed. UNAM, 1994; KAUFMANN, A., *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, Dapalma, 1977.

elemento fundamental a la hora de atribuir responsabilidad moral y legal. Para ello, partiré del concepto introducido por Gerald Cohen de “privación de libertad colectiva” de modo tal que si bien sostendré la existencia de libertad (efectiva) en términos individuales, también afirmaré que la existencia de tal clase de libertad no excluye la presencia de privación de libertad en su aspecto colectivo.<sup>345</sup> Asimismo, ello supone también trabajar sobre los condicionamientos que surgen de la propia vida colectiva que deben ser tenidos en consideración a la hora de reprochar y atribuir responsabilidad penal.

Seguidamente, analizaré cuáles son los elementos introducidos por Gerald Cohen que configuran tal presencia de privación de libertad colectiva, en particular la falta de alternativas razonables, la vida en comunidad y el sentimiento de solidaridad. En este sentido, intentaré demostrar cómo la suerte configura un elemento fundamental en la privación de libertad colectiva, que puede no manifestarse en las circunstancias concretas (es decir, en el ejercicio individual de la libertad), pero que ciertamente tiene implicancias a la hora de pensar la reprochabilidad moral de las conductas. Así, analizaré cómo la suerte es una auténtica limitación a la libertad (así entendida) y, como tal, afecta nuestros juicios morales como sociedad, sin por ello significar una limitación en términos liberales clásicos (como violación a lo que manda el artículo 19 de la Constitución Nacional, por

---

<sup>3</sup> COHEN, G., A., “La estructura de la privación de la libertad del proletariado”, en *Por una vuelta al socialismo, o cómo el capitalismo nos hace menos libres*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, p. 84.

<sup>4</sup> A los fines de este trabajo, entenderemos como privación de libertad colectiva al concepto introducido por Gerald Cohen que supone que, si bien un grupo de personas es libre individualmente, tal libertad se ve técnicamente restringida en su acción por formar parte de tal o cual otro grupo. Se trata de una privación de libertad teórica pero no física. No debe confundirse este término con el encarcelamiento masivo.

<sup>5</sup> Es importante señalar que las ideas aquí esbozadas y retomadas de Gerald A. Cohen no configuran una parte muy representativa de su producción académica. Si bien demuestran cómo entiende Cohen al marxismo y al liberalismo, su trabajo más reconocido se vincula a la discusión entablada con John Rawls. No obstante, considero que las ideas sobre las que aquí reflexiono son especialmente valiosas.

ejemplo).<sup>6</sup> Por último, dedicaré algunas líneas a distinguir qué diferencia implica sostener esta existencia paralela y simultánea de libertad/ privación de libertad de la noción de culpabilidad por la vulnerabilidad.

## I. Una libertad más amplia

La libertad ha sido siempre un tema difícil de abordar para los/as teóricos/as del Derecho Penal y su trabajo ha sido más bien encuadrado en el marco de la idea del control y la voluntad. Incluso en autores que han sido reconocidos por incorporar al análisis jurídico elementos de la realidad social, puede pensarse en una perspectiva aún más amplia, incluso considerando que alguno ha expandido el análisis del control y la voluntad al “ámbito de autodeterminación”.<sup>7</sup> En este trabajo propondré que tales elementos forman parte de libertad, especialmente en su dimensión colectiva y, por lo tanto, son restringidas (la voluntad y el control) conjuntamente con ella.<sup>8</sup>

Una de las razones por las que posiblemente los/as autores/as del derecho penal no se han abocado al trabajo sobre las implicancias de la libertad es, como ya mencioné, un concepto de libertad más restringida que la que utilizaré aquí (la libertad como no interferencia, etc). Estas posturas se han sostenido con autores con los que Cohen discutió particularmente, como Nozick en el ámbito de lo que se ha denominado *libertarismo de derecha*, que han realizado un abordaje de la

<sup>6</sup> Los teóricos de la llamada “suerte moral” entienden que la suerte (más allá de las categorías que establezcan) afectan los juicios morales de la sociedad. Véase NAGEL, T., “Moral Luck” en *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

<sup>7</sup> ZAFFARONI, R. E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2015, pp. 514-520.

<sup>8</sup> En lo que a este trabajo concierne, los autores que se han dedicado a analizar el problema de la suerte en el derecho penal se han referido al control absoluto y la voluntad como elementos fundantes de sus posturas sobre el rol que debe tener o no la suerte (BEADE, G. A., *Suerte Moral, Castigo y Comunidad*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 88 y NAGEL, T., “Moral...”, ob. cit., p.28).

temática sin dudas cada vez más cercano a la noción de libertad como no interferencia del Estado, especialmente en el mercado (introducido como parangón de la libertad más irrestricta).<sup>9</sup> Sin embargo, en este trabajo trabajaré desde una perspectiva también liberal pero especialmente más cercana a la intención de incluir en la noción de libertad el análisis de la igualdad y las teorías de la justicia. Junto con esta segunda categoría de autores/as liberales situamos a Gerald Cohen por sus puntos en común, pero no por ello sin sus particulares críticas. No es objetivo de este trabajo analizar qué han entendido como libertad toda esta gama de autores/as; la intención será trabajar la diferencia que ha introducido Cohen en su obra que, como socialista, lo ha distanciado de las ideas liberales tradicionales (las más libertarias y las más igualitaristas también).<sup>10</sup>

Uno de los puntos (el que me interesará aquí) que sitúa las ideas de Cohen dentro de las teorías liberales, pero lo aleja sustancialmente de ellas, es su percepción del desdoblamiento de la libertad en términos individuales y en términos *colectivos*. En su trabajo “*La estructura de la privación de la libertad en el proletariado*” se apresura en sus primeras líneas a asumir que “es verdad que el trabajador es libre [...] pero si de esto se infiere que (el trabajador) no se ve obligado a vender su fuerza de trabajo, se toma como punto de partida una caracterización falsa de qué constituye verse forzado a hacer algo”.<sup>11</sup> Esto significará principalmente la disociación de los ámbitos de libertad del individuo: en su faz individual y en su faz colectiva, que con agudeza dialogarán y serán el puntapié para pensar por qué tal privación de libertad es presupuesto de la desigualdad de la

<sup>9</sup> Nozick, R., “*Anarchy, State and Utopia*”, Nueva York, Basic Books, 1974, pp. 262-264.

<sup>10</sup> Cohen ha compartido y discernido en opiniones fundamentales provenientes de su propia tradición liberal. En particular, es de especial relevancia su discusión con John Rawls sobre los principios de la justicia. Acerca de ello, véase COHEN, G. A., “¿Por qué no el socialismo?” en *Por una vuelta al socialismo, o cómo el capitalismo nos hace menos libres*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, pp. 179-207.

<sup>11</sup> COHEN, G., A., “La estructura de la privación de la libertad...”, ob. cit. p. 74.

clase trabajadora. Esta sutil diferencia, lo mantiene en la línea de los/as teóricos/as liberales, pero lo aleja sustancialmente de las posturas más conservadoras como la de Nozick que sostendrá que el hecho de que vender su fuerza de trabajo sea su única alternativa no supone la obligación de hacerlo. En todo caso, la pregunta radicará en cómo opera este desdoblamiento de los ámbitos de libertad y qué implicancias tiene para pensar el nivel de reproche atribuible a las personas en función de la amplitud de la libertad que se posee y que se ejerce.

La idea de la privación de libertad colectiva puede ser explicada fácilmente con un ejemplo que Cohen mismo aporta: diez personas están encerradas en una habitación con una única puerta de salida cerrada con llave. La llave se encuentra en algún espacio dentro de la habitación y, de encontrarla, sólo una de esas diez personas podrá salir de la habitación (todos tienen una capacidad relativamente similar para encontrarla). La puerta sólo podrá ser abierta una vez y, tras ello, cerrará para siempre. En este sentido, puede afirmarse que subjetivamente todos y cada uno de los diez individuos en la habitación puede tomar la llave y salir. Es decir, son libres de irse y no están obligados a permanecer en la habitación; todo ello sin importar a quién de ellos lo haga. Así “es válido afirmar respecto de cada una de las personas que no está obligada a permanecer en la habitación, aunque necesariamente al menos nueve de ellas lo harán y, en efecto, todas lo hagan”.<sup>12</sup> Lo fundamental del ejemplo de Cohen en este caso es que le permite concluir que, si los/as trabajadores/as (o los individuos encerrados, en el caso previo) están objetivamente obligados/as a vender su fuerza de trabajo (a permanecer allí dentro), lo están sin importar cuál pueda ser su situación subjetiva (que efectivamente alguno/a salga de allí o un trabajador/a ascienda socialmente).

La libertad subjetiva es así influida por la libertad colectiva. Es, entonces, una libertad *condicionada*. Esto ya nos permite pensar que la forma de atribución de responsabilidad legal

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 82-83.

siempre se limita al análisis de la libertad individual sin tener en consideración la totalidad de los elementos que hacen al actuar personal. Más aún, esta forma de atribución de responsabilidad olvida incluso aquellos elementos que pueden configurar un nivel de condicionamiento tal que permita afirmar que alguien “se ve forzado a”, sin importar la existencia posible pero no siempre efectiva de alternativas.<sup>13</sup> A continuación, analizaré qué elementos constituyen, según Cohen, tal privación de libertad y, posteriormente me abocaré a la inclusión de la suerte como un elemento más de ella.

### ***I. A. La ausencia de alternativas razonables o aceptables***

El primer punto que establece Cohen para sustentar la existencia de la privación de la libertad en términos colectivos es la ausencia de alternativas razonables o aceptables. Como Cohen se encuentra particularmente interesado en la posibilidad de los/as trabajadores/as de salir de la opresión propia de la clase trabajadora, explica que algunos niegan que el proletariado se encuentre obligado a vender su fuerza de trabajo por la existencia de otras alternativas posibles: vivir de las asignaciones gubernamentales, mendigar, o incluso encomendarse a la buena fortuna. En este sentido, Cohen explica que “el reconocimiento de que es libre de morirse de hambre deriva su potencia sarcástica del hecho de que *es* libre de morirse de hambre: nadie lo amenaza con mantenerlo con vida mediante, por ejemplo, la alimentación forzada”.<sup>14</sup> Así, la falta de alternativas se trata de una verdadera falta de alternativas *razonables o aceptables*.

En este punto también se pone de manifiesto cuáles son aquellas diferencias en virtud de las cuales Cohen se distancia de ciertas corrientes marxistas, que sostendrán en este sentido que un/a trabajador/a que tiene la opción de ascender socialmente

---

<sup>13</sup> Al respecto, Nozick sostiene que la falta de alternativas implica que una persona esté forzada a hacer algo, y sostiene que tal falta de alternativas sólo es significativa cuando es producto de acciones injustas (NOZICK, R., ob. cit., pp. 262-264).

<sup>14</sup> COHEN, G., A., “La estructura de la privación de la libertad...”, ob. cit. pp. 74-75.

no está obligado a vender su fuerza de trabajo y, por ende, no es un proletario. Esta es una diferencia fundamental en el pensamiento de Cohen como liberal y marxista, porque no sólo amplía las consideraciones de la idea de libertad, entendiendo que existen -no obstante la libertad individual- condicionamientos suficientes, sino que también relativiza la postura marxista que hace ver al trabajador/a preso y sin alternativa (razonable o no) de elegir cualquier cosa a razón de su clase.

### ***I. B. La vida en sociedad: la libertad no se analiza aisladamente***

Uno de los elementos fundamentales del ejemplo introducido por Cohen en el caso de las personas encerradas en la habitación, es la inacción de los demás como presupuesto para que uno/a de ellos pueda ejercer efectivamente la libertad subjetiva que en teoría ya tiene. Este punto no es menor y considero que es muy relevante para analizar cómo se relaciona esta libertad en sus dimensiones individual y colectiva: la libertad de salir de la habitación puede ser ejercida a condición de que nadie más tenga intenciones de hacerlo y *efectivamente* nadie lo haga. No importa cuáles sean tales razones para la inacción de los/as demás prisioneros/as. La condicionalidad de la libertad, más aún cuando los/as demás verán coaccionada su libertad de salir en su totalidad cuando uno de ellos lo haga, justifica para Cohen la posibilidad de hablar de una verdadera privación de la libertad.

Una de las críticas a la tesis de Cohen es aquella que sostuvo que la coacción y la privación de libertad sólo existe por las acciones humanas (y agrega el carácter intencional de tales acciones).<sup>15</sup> Esta postura no tiene demasiado sustento y ciertamente la tesis de Cohen está dirigida a rechazar el carácter individual incluso de los factores que limitan la libertad: la

---

<sup>15</sup> Uno de los principales detractores de la idea de que sólo las acciones humanas generan verdadera coacción ha sido Harry Frankfurt. Al respecto, véase FRANKFURT, H., "Coercion and moral responsibility", Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

privación de libertad es padecida por un grupo en tanto todos se encuentren limitados a realizar la misma acción deseada, no importa de dónde provenga tal limitación. Asimismo, nadie podrá negar que quien saque a los/as individuos de la habitación estará sin dudas *liberándolos*, lo que supone concluir el carácter colectivo de la liberación, por el carácter colectivo e *indivisible* de la privación. En efecto, Cohen va más allá y se anima a decir que “si alguien se interpone en mi camino, aunque lo haga por accidente, me priva de libertad” incluso aunque tal acción no tenga esa intención.<sup>16</sup> Es decir: la privación de libertad es mucho más frecuente que aquello que los/as liberales tradicionales intentan establecer.

### *I. C. La solidaridad de los grupos*

La cuestión que introduce Cohen respecto de la solidaridad de los grupos puede ser pensada como sub-eje del carácter condicional de tal privación de libertad. En efecto, surge como respuesta a la pregunta acerca del porqué de la inacción de los/as demás individuos. Si bien este no es un punto central en la tesis de Cohen, considero que amerita algunas valoraciones, porque de este modo comienza a tener mayor relevancia la cuestión relativa a qué grupos son los afectados por tal privación de libertad.<sup>17</sup> Supone entonces que compartir una opresión en común permite pensar que ninguno/a de ellos/as (parte del grupo desaventajado y privado colectivamente de la libertad) se contentará con una liberación individual: el sentimiento de solidaridad que existe entre ellos/as será una limitante fundamental a la hora de pensar por qué no poseen la intención de salir individualmente de la habitación.<sup>18</sup>

Si bien este elemento no parece en principio sustancial para pensar la inacción de alguno de los individuos, creo que

<sup>16</sup> COHEN, G., A., “La estructura de la privación de la libertad...”, ob. cit. p. 89.

<sup>17</sup> Posteriormente, analizaré cómo lo expuesto puede utilizarse para entender la opresión que recae sobre el colectivo de mujeres.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 84-85.

hay un caso que nos ayudará a echar luz a este presupuesto y es la cuestión de la autodeterminación de los pueblos. En este caso, el carácter colectivo de la privación de la libertad, incluso sin suponer coacción directa sobre los individuos, es evidente y pone de manifiesto también en el carácter colectivo de la liberación. Así, ningún individuo que es parte de un pueblo sometido a dominación colonial, o ningún particular miembro de un pueblo que lucha por su autodeterminación se verá satisfecho con una respuesta individual, como un pasaporte que indique la nacionalidad que desea. La liberación, como también la privación, es colectiva; en gran medida por el carácter de solidaridad que comparten los miembros del pueblo como parte del mismo grupo oprimido. Ello ha permitido que en el Derecho Internacional Público se reconociera también tal pasaje de lo individual a lo colectivo, al señalar que la violación al derecho de autodeterminación de un pueblo supone la violación de los derechos fundamentales de todos/as y cada uno/a de sus miembros, conjuntamente.<sup>19</sup>

## II. Hacia una suerte estructural

Antes de precisar cómo la suerte es un elemento fundamental en el análisis de la privación de libertad según Cohen, cabe realizar una aclaración: los/as teóricos que han trabajado la cuestión de las implicancias de la suerte han diferenciado originalmente entre suerte *constitutiva*, *situacional* (circunstancial) y *en el resultado*.

Como señalé en un principio, los estudios relativos a las implicancias de la suerte en el mundo jurídico han nacido en el seno de un Derecho que individualiza las conductas en la sociedad y, como tal, la cuestión de la suerte en sus dimensiones

---

<sup>19</sup> Así se dispone en la Resolución 1514/XV de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Asimismo, se les reconoce a los pueblos que luchan por su autodeterminación el derecho a hacer uso de la fuerza, como excepción a la expresa prohibición que rigen las normas imperativas del Derecho Internacional (véase GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.) *et. al.*, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015, p. 33.)

situacional y constitutiva han quedado estrictamente vinculadas al análisis de la teoría política. En este sentido, la suerte constitutiva es aquella que determina dónde nacemos, qué clase de individuos seremos, etc.; en tanto la suerte situacional se vincula con las situaciones que nos rodean, y que habilitan o no llevar a cabo determinada acción. En cuanto a la suerte en el resultado, se trata de analizar la importancia de la culminación en las acciones que emprendemos, que son esencialmente afectadas por la suerte.<sup>20</sup>

Así, considero que en el análisis de Cohen es sustancial el elemento suerte en dos ámbitos: en primer lugar en su carácter constitutivo, que responde al porqué de encontrarse allí, en un estado de verdadera privación de libertad colectiva. Este es un detalle no menor, porque en este caso la privación de libertad es colectiva así como la suerte es *colectiva*. Es decir, si existen los demás elementos de la privación de la libertad colectiva (la solidaridad entre los grupos y el carácter condicionado al accionar de los demás, etc.) no es porque cada una de las personas encerradas en la habitación tenga una suerte constitutiva particular y aislada; más bien comparten su suerte constitutiva, aquella que los retiene allí y que los *condiciona conjuntamente* en el intento de alcanzar el mismo deseo compartido. Por otro lado, en Cohen también tiene especial relevancia la suerte situacional, puesto que en tanto la posibilidad de uno de ellos de salir esté condicionada por los demás, la oportunidad no puede estar regida sino por la fortuna que puede tener al momento de intentarlo. En definitiva, la suerte constitutiva y situacional no son sino límites a la libertad colectiva y son elementos, valga la redundancia, de la privación de libertad colectiva.

Por otro lado, la suerte en el resultado es la que se ha tomado en consideración principalmente por los/as teóricos/as del Derecho Penal. Considero que la razón principal es que mientras en el análisis de la suerte constitutiva y la suerte situacional este elemento aparece como limitante de la libertad según hemos visto, en el caso del análisis de la suerte en el resultado,

---

<sup>20</sup> BEADE, G. A., ob. cit., p. 23.

la idea de “suerte” se contraponen más fácilmente a la idea de control o voluntad. No obstante, es evidente que la voluntad y el control no son sino desprendimientos en el comportamiento *individual* de la idea de libertad, puesto que no puede haber voluntad (relevante) de hacer algo que podemos controlar, si no somos -en mayor o menor medida- *libres de hacerlo*. Es decir que no hay categorías de la suerte que afecten más nuestros juicios morales que otras: es la lógica misma del derecho penal la que encuentra un problema de atribución de responsabilidad al ampliar el espectro de la libertad, que incluya (pero que no se limite) a las nociones de voluntad y control y, en consecuencia, de la suerte en todas sus dimensiones.<sup>21</sup>

Así, tanto la suerte constitutiva y situacional son, principalmente, límites a la libertad en su dimensión colectiva; en tanto la suerte en el resultado es un límite a la libertad en su dimensión individual (como control o voluntad). De este modo, podemos hablar de una verdadera suerte *estructural* que reúne las tres categorías mencionadas: aquella que nos retiene dentro de la habitación -según el ejemplo de Cohen- y que determinará las condiciones para nuestra liberación, así como las acciones que podemos o no ejercer dentro de ella que culminen o no en los resultados deseados. Así, la suerte estructural es la forma de entender a la suerte como límite a la libertad en todos sus aspectos, incluso el colectivo y suponiendo que, como ya hemos mencionado, la dimensión individual y la colectiva se encuentran en constante diálogo y tensión.

## ***II.A. A modo de ejemplo***

Como mencioné en un principio, Cohen se encuentra particularmente interesado en justificar por qué el proletariado se

---

<sup>21</sup> Así, entre otras categorizaciones de la suerte, Villar diferencia a la “suerte social” -referida en este texto como “suerte constitutiva”- de la “suerte penal”, como si sólo hubiera una categoría de la suerte relevante para el Derecho Penal. En efecto, el carácter “social” de la suerte la vuelve intrínsecamente relevante para el Derecho. Véase VILLAR, M., *Suerte penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016, pp. 31-35.

encuentra obligado a vender su fuerza de trabajo. Ello es así porque, como marxista y liberal, comparte tal premisa marxista (que el/la trabajador/a se encuentra forzado/a a vender su fuerza de trabajo) pero busca evitar caer en un determinismo que lo aleje sustancialmente de una perspectiva liberal que le reconoce al trabajador/a cierta posibilidad de hacer. Sin embargo, no es el único caso marcado notablemente por esta disociación de la libertad con grandes implicancias en el ámbito de la suerte.

Tomemos el caso de las mujeres: es claro que se trata de un grupo al que históricamente no le han sido reconocido los derechos y ello ha tenido implicancias particulares, por ejemplo, en el mundo académico. Pocas mujeres han logrado ser titulares de cátedra y muchas menos han llegado al decanato. No obstante, alguna lo ha logrado y ello no supone la liberación de las mujeres en general ni el reconocimiento pleno de derechos en el ámbito académico. Es decir: alguna ha podido encontrar la llave y salir de la habitación, pero ello no la libera al colectivo de mujeres que ciertamente sigue sufriendo la misma privación de libertad colectiva. Más aún: las que lo han logrado lo pudieron hacer no sólo a costa de una gran cuota de esfuerzo, sino también a razón de la suerte situacional en el intento de tomar la llave y salir de la habitación. Esta cuota de esfuerzo significativa y la necesidad de la fortuna en la situación que precisó para salir de la habitación no hubiera sido tal si la suerte constitutiva hubiera estado, digamos, “a su favor”. Si bien ha podido salir de la habitación, nadie podría decir que se ha “liberado”, porque su suerte constitutiva (ser mujer, pertenecer a tal colectivo) sigue limitando su libertad en términos colectivos (y si bien ha podido llegar al decanato, no implica que no sufra otras dificultades provenientes de la privación colectiva de libertad que supone pertenecer al colectivo de mujeres). Como vemos, entonces, la suerte en sus tres categorías, o en su dimensión estructural, forma parte de la privación de libertad que sufre el colectivo de mujeres y que limita la posibilidad de las mujeres de ejercer y de hacer.

### III. Un breve comentario sobre la diferencia con la culpabilidad por la vulnerabilidad

Cabría, llegado este punto, preguntarse qué diferencia supone para el derecho tomar en consideración la noción de libertad que propone Cohen -incluyendo su relación con la suerte-, y la idea de la culpabilidad por la vulnerabilidad. En este sentido, Zaffaroni reconoce que existe variabilidad en el ámbito de autodeterminación, en la libertad de los individuos. En efecto, considera que el ámbito de la dogmática penal en que corresponde realizar este análisis es en la culpabilidad.<sup>22</sup> Así, señala que “esta cuestión no se vincula al concepto idealista o romántico de libre albedrío, entendido como ficción según la cual todos los humanos son igualmente libres” y que “precisamente por tener diferentes ámbitos de autodeterminación se hace necesario precisar cuál fue el que, en concreto, tuvo la persona *en el momento de realizar el acto*<sup>23</sup> (el destacado me pertenece).

Asimismo, Zaffaroni considerará ciertos elementos de la realidad concreta que le permitirán concluir que existe en la sociedad cierto tipo de *selectividad criminalizante* basado sustancialmente en estereotipos que recaen en las clases subalternas. Así, explica que “esta selección se produce en razón de una situación de vulnerabilidad” y luego agrega que “(en esta situación) juega un importantísimo papel el estado de vulnerabilidad, pero no la agota. La peligrosidad del poder punitivo se concreta en una situación particular, o sea, que algo suele hacer la persona para alcanzar esa situación concreta de vulnerabilidad”. Con ello, finalmente concluye que a nadie se le puede reprochar razonablemente su estado de vulnerabilidad,

---

<sup>22</sup> Cabe señalar que no es propósito de este trabajo suponer que lo que he desarrollado configura o debería configurar un elemento para la atribución (o no) de responsabilidad penal, sino demostrar qué deja fuera de ella esta concepción del Derecho Penal. Zaffaroni analiza los elementos aquí desarrollados en el ámbito de la culpabilidad; no es mi propósito pretender una nueva causal de exclusión de la culpabilidad en términos de dogmática penal.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, R. E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., ob. cit., p. 508.

sino solo el esfuerzo personal para alcanzar la situación en que el poder punitivo se concreta<sup>24</sup>.

Es claro entonces que Zaffaroni ha ampliado su noción de libertad, reconociendo que existen elementos que la limitan notoriamente, incluyendo las desigualdades sociales que generan estados de vulnerabilidad, a razón del estereotipo que recae en las clases subalternas. No obstante, como hemos visto, para este autor la vulnerabilidad sólo se toma en consideración en el momento en que el individuo hace algo que permite que el poder punitivo se concrete, como si la reducción de la libertad del agente sólo se produjera en ese momento en que el sistema penal lo selecciona, aunque la estigmatización (que da lugar a tal criminalización) sea previa. Esto implicaría una consideración del rol de la suerte situacional como único límite a la libertad (el momento de la efectiva selección), pero no toma en consideración la privación de libertad previa y colectiva (el pertenecer a una clase social estereotipada y criminalizada a priori) así como también, por consiguiente, su suerte constitutiva.

Lo fundamental de esta comparación no es reprocharle a estos/as autores/as -que han ampliado el espectro de las consideraciones a realizar para atribuir responsabilidad- que podrían haber ido aún más allá. En definitiva, la principal cuestión es que el derecho penal ha realizado un esfuerzo para que la reprochabilidad de las conductas se ajuste más a la realidad, a veces más compleja de lo que parece pretender. La importancia de análisis como el de Cohen es que permite conservar una mirada liberal y criticar en la misma línea a un liberalismo tradicional en el que se han asentado los códigos penales modernos. Lejos de tratar de introducir un nuevo elemento al análisis de la dogmática penal que tome en consideración las propuestas de Cohen, lo que aquí hemos desarrollado nos permite realizar una crítica a los presupuestos liberales detrás de la formulación de nuestras normas penales. Esta crítica no conlleva la eliminación de la idea de las libertades individuales y el ámbito de

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 510-511.

autodeterminación más o menos restringido que permite realizar una acción, y ser responsable por ella, sino que nos permite abrir la puerta para pensar un derecho que nos permita realizar juicios desde una perspectiva más realista.

Así, a los fines de lo aquí propuesto, el elemento suerte en su aspecto estructural cobra relevancia. Ya no sólo se trata de conocer los elementos que permiten que la vulnerabilidad se concrete (en el caso de Zaffaroni), y cuál es el grado de esfuerzo requerido (más vinculado a la suerte situacional); se trata también de reconocer los grupos oprimidos, de qué forma se encuentran privados colectivamente de la libertad, de reconocer el grupo como totalidad y no sólo como conjunto de individuos aislados (pero que no dejan de serlo). En definitiva, repensar las cuestiones que permiten (o no) el ejercicio de la libertad en su faz individual en una circunstancia en particular es, simultáneamente, repensar el mérito y la reprochabilidad de una conducta, influida por la suerte en su aspecto individual pero también -para lo que aquí nos convoca- en su dimensión colectiva.

## **A modo de conclusión**

A lo largo de este trabajo he analizado cómo el Derecho en general, y el Derecho Penal en particular, toman en consideración el concepto de libertad y qué implicancias tiene la suerte en ella. En este sentido, he partido de un concepto de libertad en términos liberales y he ampliado las conceptualizaciones acerca de ella a partir del concepto de “privación de libertad colectiva” introducido por Gerald A. Cohen. De este modo, utilizando una consideración estrictamente liberal para el análisis de la libertad individual, he intentado demostrar por qué ella se ve limitada en términos colectivos, sin por ello resultar determinista de un modo tal que sea imposible la atribución de responsabilidad.

Posteriormente, he intentado pensar qué rol tiene la suerte en estas diversas nociones de libertad -en términos individuales

y colectivos- concluyendo que la libertad individual es esencialmente limitada por la suerte en el resultado -en tanto se trata de la voluntad y el efectivo control del agente- y, en cuanto a la suerte situacional y constitutiva, he analizado por qué su impacto radica en la libertad en términos colectivos y, por lo tanto, su existencia configura un elemento más de la privación de libertad colectiva. Así, entendiendo que todas las nociones de libertad se ven limitadas por algún aspecto de la suerte, he podido hablar de suerte estructural como límite genérico a la libertad, que puede o no manifestarse en el aspecto subjetivo o individual, según la circunstancia.

En este sentido, lejos de intentar introducir nuevos elementos al análisis de atribución de responsabilidad en términos de dogmática penal, he intentado demostrar que la suerte constitutiva y situacional -que también afectan los juicios morales de la sociedad- no han sido tomadas en consideración por el Derecho Penal a razón del presupuesto liberal en términos tradicionales en que éste se asienta, que excluye cualquier tipo de elemento colectivo. Así, he señalado que incluso en autores/as que han introducido nociones ampliadas de libertad, sólo se ha llegado a considerar la suerte situacional, más no la suerte constitutiva.

De este modo, he intentado demostrar cómo la noción de “privación de libertad colectiva” se contrapone con el liberalismo tradicional en que se asienta nuestro ordenamiento jurídico penal, sin constituir un determinismo que imposibilite la atribución de responsabilidad. Por el contrario, esta ampliada noción de libertad nos permite tener en consideración cuestiones que ya afectan nuestros juicios morales, en gran medida a la suerte de manera estructural.

Así, quedaría preguntarse qué otras consideraciones además de la suerte son excluidas por el derecho penal en su imposibilidad de pensar una libertad que tome en consideración cualquier factor colectivo, más parecido -sin lugar a dudas- al mundo en el que vivimos.

## Bibliografía

- BEADE, GUSTAVO A., *Suerte Moral, Castigo y Comunidad*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- COHEN, GERALD A., “¿Por qué no el socialismo?” en *Por una vuelta al socialismo, o cómo el capitalismo nos hace menos libres*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- “La estructura de la privación de la libertad del proletariado”, en *Por una vuelta al socialismo, o cómo el capitalismo nos hace menos libres*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- FRANKFURT, HARRY, “*Coercion and moral responsibility*”, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA (COORD.), *et. al., Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Erreius, 2015.
- KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, Dapalma, 1977
- NAGEL, THOMAS, “Moral Luck”, en *Moral Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- NOZICK, ROBERT, “*Anarchy, State and Utopia*”, Nueva York, Basic Books, 1974.
- VILLAR, MARIO, *Suerte penal*, Buenos Aires, Ediciones Didot, 2016.
- VON LISZT, FRANZ, *La idea de fin en el derecho penal*, México DF, Ed. UNAM, 1994.
- ZAFFARONI, RAÚL E., ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2015.



| DISCURSOS |  
QUE HICIERON HISTORIA

## **Los caminos de la vida**

Buda transitó el Noble Camino,  
Lao-Tsé eligió seguir el Sendero,  
Cristo tomó la ruta del Calvario,  
yo, menos proclive a dogmas y vía crucis,  
ando y desando una calle periférica  
cuya única verdad son los grafitis.

(De *Un arte invisible*, 2016)

Autor: *César Cantoni*

**Arte de la portada: Mauricio Andrés Valenti**  
**Serie *Inmigrantes migrados 2019***

---

## Discurso de Juan Domingo Perón del 1° de mayo de 1974

*Ailén Díaz*<sup>1</sup> | Universidad Nacional de La Plata

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

Año 4/N° 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 479-493

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e266>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8438-6622>

---

El 1° de mayo de 1974, Juan Domingo Perón ante su tercer mandato como presidente, realiza el presente discurso, como mensaje al Congreso de la Nación, en su período 99° período de sesiones ordinarias. Para ese entonces el líder justicialista contaba con 78 años, y poco tiempo después, 1° de julio de 1974 fallecería.

La década del 70 se caracterizó por ser una época convulsionada, marcada por violencia política y mucha incertidumbre, donde el peronismo procuró redefinir su identidad. Tras dieciocho años de proscripción, el movimiento fundado por Juan Domingo Perón padecía en 1973 un desconcierto ideológico.

Antes de adentrarnos al discurso que transcribimos, debemos recordar que el 1° de marzo de 1973 ganó las elecciones con el 49,6% de los votos el FREJULI (Frente Justicialista de Liberación), contra el 21,3% del radicalismo. La consigna fue Cámpora al gobierno, Perón al poder. La vuelta de líder justicialista se daba de forma indirecta.

El gobierno de Cámpora y Solano Lima como vice, duró tan solo 49 días, renunciando ambos el 13 de julio de 1973 poco después del arribo de Perón al país. Esta renuncia, con

---

<sup>1</sup> Abogada, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Docente de la materia Historia Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

la asunción de la presidencia provisoria de Lastrini (que era presidente de la cámara de diputados y yerno de López Rega) mostraban una tendencia hacia la derecha, conjuntamente con la exclusión del gabinete presidencial de Righi y Puig.

El 20 de junio de 1973, se congregaron más de 500.000 personas a la espera del arribo de su líder. Sin embargo, antes de que el avión llegara, hubo un tiroteo, dando como resultado decenas de heridos y varios muertos. Es lo que se conoce como la Masacre de Ezeiza, las diferencias entre la derecha y la izquierda peronistas ya para ese entonces eran insalvables.

Perón el 21 de junio expresó que por dichos sucesos, la juventud estaba cuestionándolo. Así acusó a los jóvenes de izquierda de “extremistas”. El mensaje fue claro, les bajó el pulgar a los sectores combativos: “No es gritando como se hace patria. Los peronistas tenemos que retornar a la conducción de nuestro movimiento, ponerlo en marcha y neutralizar a los que pretenden deformarlo de abajo o desde arriba.”

Poco tiempo después, se realizaron nuevas elecciones. Era la hora que el Perón asumiera nuevamente el mandato del poder ejecutivo. La fórmula Perón-Perón se impuso con el 61,6% de los votos, restando para el Radicalismo 24,3%.

El 25 de septiembre de ese año, era asesinado José Rucci, Secretario General de la CGT (Confederación General del Trabajo), quien ya había sido amenazado por el movimiento Montoneros. Ese suceso, enardeció a Perón, quien intentó desplazar a los sectores más radicalizados del movimiento, endureciendo la legislación contra la actividad de la “guerrilla”. Ya para el 21 de octubre hizo público su orden de impedir “por cualquier medio” la participación de los marxistas infiltrados en actos y actividades del peronismo. También estableció su propia infalibilidad: sus directivas debían ser “acatadas, difundidas y sostenidas sin vacilación ni discusión”.

En el presente discurso, Perón declararía sin ambigüedades su posición ideológica, apoyando a las organizaciones sindicales históricas y otros sectores tradicionales y conservadores que

configuraban la derecha del partido y censurando duramente a los grupos de izquierda. Luego, en su discurso en la plaza de mayo, quebraría definitivamente con Montoneros al calificarlos de “imberbes” y “estúpidos”.

En este mensaje político ante la asamblea legislativa, el líder justicialista remarca el nuevo orden revolucionario, que a diferencia de otros, está fundado en la justicia y la solidaridad, y en busca de la paz. Si bien sabe que ninguna época o imperio se rinde sin pelear, es decir sin violencia, la intención es la supresión de esa violencia y la consolidación de un nuevo orden, un nuevo mundo, una nueva sociedad. En la que se da el proceso de construcción de la Nación, reconstruyendo la tan anhelada paz. Pues -dice- “no se vence con violencia, se vence con inteligencia y organización”. A su vez Perón no ignora que “la violencia también llega desde afuera de nuestras fronteras, por vía de un calculado sabotaje a nuestra irrevocable decisión de liberarnos de todo colonialismo”.

De forma que critica a los “agentes del desorden y del caos” que tratan de fomentar la violencia; sin embargo enfatiza que se superará la misma, sea cual sea su origen. Se superará la “subversión”, se aislará a “los violentos y los inadaptados”.

Establece asimismo que las “fuerzas del orden”, del orden nuevo y revolucionario se impondrán sobre las fuerzas del desorden, que incluyen las del viejo orden de la explotación de las naciones por el imperialismo y la explotación de los hombres por los hombres.

Detecta también que la sociedad mundial se orienta hacia un universalismo, una integración económica y política. Por eso es necesario un profundo “nacionalismo cultural como única manera de fortificar el ser nacional, para preservarlo con individualidad propia, en las etapas que se avecinan”. Así, mientras se realice el proceso universalista, - expresa- existen dos únicas alternativas para nuestros países: neocolonialismo o liberación. Dicha liberación se debe dar en el plano político, económico, socio-cultural y científico-tecnológico. La lucha de la liberación también lo es por los recursos y la preservación ecológica.

Respecto a la juventud, a quien le otorga un papel activo en la conducción del futuro, la llama a definirse y organizarse. A los trabajadores a que definan cuál es la sociedad a la cual aspiran, que se capaciten, y que la idea constituya la materia prima por la cual se supere a los demás instrumentos de lucha. Respecto a los empresarios que se han organizado, haciendo posible su participación y diálogo - se refiere a la CGE Confederación General Económica, encabezada por Gelbard-, tendrán la tarea conjunta con el gobierno para integrar al máximo los intereses del país. En cuanto a los intelectuales los llama a participar del proceso para la elaboración nacional, pues el país necesita un modelo de referencia que lo contenga. A las Fuerzas Armadas les asigna el rol de defensa contra el neocolonialismo y su compromiso por el desarrollo social integrado del país. También hace una mención especial con la Iglesia, institución con quien tuvo algunos conflictos en su segundo mandato, a ella le refiere que coincide en sus concepciones del mundo y el planteo de justicia social, con la misma ética y moral, como asimismo igual prédica por la paz.

Finalmente refiere al Modelo Argentino, un gran programa para el futuro, donde se trabaje en un espacio de coincidencia nacional, donde se redacte el propio modelo nacional. Dicho modelo debe basarse en la democracia plena de justicia social, “concibiendo al gobierno en su forma representativa, republicana federal y social”. Allí se hace imperiosa la participación del ciudadano, que se expresa a través de partidos políticos, pero también en sus condiciones de trabajador, intelectual, empresario, militar, sacerdote, etc. Esta participación se haría a través del Consejo para el Proyecto Nacional que se crearía en el futuro cercano, donde previamente sus partícipes debían limpiar sus propias ideas, evitando confusiones, para construir un diálogo social después.

Este Modelo Argentino para el Proyecto Nacional, fue redactado y difundido un año después, y si bien no lleva la firma de Perón, se le atribuye su autoría. Buscaba una participación creativa de todos los sectores de la sociedad, para

interpretar la conciencia nacional y encontrar el cauce definitivo del movimiento.

En definitiva en este discurso se plasma la orientación ideológica hacia derecha de este Perón entrado en años, que a pesar de todo permitió que el movimiento siguiera congregando múltiples vertientes.



## **Mensaje ante la Asamblea Legislativa**

### **Juan Domingo Perón**

Texto completo del discurso pronunciado por el Presidente de la Nación, Teniente General Juan Domingo Perón, ante la Asamblea Legislativa reunida con motivo de la iniciación del 999 período ordinario de sesiones del Congreso Nacional, el 19 de mayo de 1974.

Señores senadores y señores diputados: antes de dar lectura al mensaje del Poder Ejecutivo, deseo presentar en nombre de éste, el más profundo agradecimiento a los señores legisladores, que han hecho posible la aprobación de leyes que eran absolutamente indispensables. Y en esto quiero también, rendir homenaje a los señores senadores y diputados de la oposición que con una actitud altamente patriótica no han hecho una

oposición sino una colaboración permanente que el Poder Ejecutivo aprecia en su más alto valor.

En una ocasión solemne como esta, ante un Congreso reunido en idéntica oportunidad a la de hoy, hace exactamente veinte años, dije al pueblo argentino, dirigiéndome a sus representantes: “Nunca me he sentido otra cosa que un hombre demasiado humilde al servicio de una causa siempre demasiado grande para mí, y no hubiese aceptado nunca mi destino si no fuera porque siempre me decidió el apoyo cordial de nuestro pueblo”.

La conformación de nuestra doctrina, que pueden aceptar todos los argentinos, porque tiene caracteres de solución universal —y que, incluso, puede ser aplicada como solución humana a la mayor parte de los problemas del mundo como tercera posición filosófica, social, económica y política— constituyó la primera etapa de lo que podría denominarse la “despersonalización” de los propósitos que la revolución había encarnado en mí; tal vez porque yo sentía desde mucho tiempo antes vibrar la revolución total del pueblo, y estaba decidido, tal como lo expresé a los trabajadores argentinos el 2 de diciembre de 1943, a “quemarme en una llama épica y sagrada para alumbrar el camino de la victoria”.

La doctrina fue adoptada primero por los trabajadores. Yo los elegí para dejar en ellos la semilla. Lo acabo de expresar: ¡Ellos fueron mis hombres! Elegí a los humildes; ya entonces había alcanzado a comprender que solamente los humildes podían salvar a los humildes.

Recuerdo que, cuando me despedí de la Secretaría de Trabajo y Previsión el 10 de octubre de 1945, entregué a ellos todos mis ideales, diciéndoles más o menos, estas mismas palabras:

“No se vence con violencia: se vence con inteligencia y organización; las conquistas alcanzadas serán inamovibles y seguirán su curso; necesitamos seguir estructurando nuestras organizaciones y hacerlas tan poderosas que en el futuro sean invencibles; el futuro será nuestro”.

Antiguas palabras éstas, pero conservan aún toda su vigencia. Regresan hoy a esta alta tribuna para señalar el curso de nuestro irreversible proceso revolucionario y de una vocación nacional de grandeza, que no se pueden torcer ni desvirtuar.

Vivimos tiempos tumultuosos y excitantes. Lo que antes apareciera como simple hipótesis y, generalmente, como teoría negada o discutida, es hoy una realidad universal que está determinando el curso de la historia.

Las masas del Tercer Mundo se han puesto de pie y las naciones y pueblos hasta ahora postergados, pasan a un primer plano. La hora de los localismos cede el lugar a la necesidad de continentalizarnos y de marchar hacia la unidad planetaria.

Felizmente, este tiempo que nos toca vivir y dentro del que somos protagonistas inevitables, nos encuentra a los argentinos unidos como en las épocas más fecundas de nuestra historia.

Es un verdadero milagro el que podamos ahora dialogar y discrepar entre nosotros, pensar de diferente manera y estimar como válidas distintas soluciones, habiendo llegado a la conclusión de que por encima de los desencuentros, nos pertenece por igual la suerte de la Patria, en la que está contenida la suerte de cada uno de nosotros, en su presente y en su porvenir. Nuestra Argentina está pacificada, aunque todavía no vivimos totalmente en paz. Heredamos del pasado un vendaval de conflictos y de enfrentamientos.

Hubo y hay todavía sangre entre nosotros; reconocemos esta herencia inmediata a que me he referido, y extraemos de ella la conclusión de su negatividad. Pero no podemos ignorar que el mundo padece de violencia, no como episodio sino como fenómeno que caracteriza a toda esta época. Que caracteriza, diría, a toda época de cambios revolucionarios y de reacomodamientos, en que un período de la historia concluye para abrir paso a otro.

Nosotros hemos encarado la Reconstrucción Nacional. Entre sus más importantes objetivos está el de reconstruir nuestra paz. Lo lograremos. No hay nada que no pueda alcanzarse con

nuestras inmensas posibilidades y con este pueblo maravilloso al que con orgullo pertenecemos.

No ignoramos que la violencia nos llega también desde fuera de nuestras fronteras, por la vía de un calculado sabotaje a nuestra irrevocable decisión de liberarnos de todo asomo de colonialismo.

Agentes del desorden son los que pretenden impedir la consolidación de un orden impuesto por la revolución en paz que propugnamos y aceptamos la mayoría de los argentinos.

Agentes del caos son I03 que tratan, inútilmente, de fomentar la violencia como alternativa a nuestro irrevocable propósito de alcanzar en paz el desarrollo propio y la integración latinoamericana, únicas metas para evitar que el año 2000 nos encuentre sometidos a cualquier imperialismo.

Superaremos también esta violencia, sea cual fuere su origen. Superaremos la subversión. Aislaremos a los violentos y a los inadaptados. Los combatiremos con nuestras fuerzas y los derrotaremos dentro de la Constitución y la Ley. Ninguna victoria que no sea también política, es válida en este frente. Y la lograremos. Tenemos no sólo una doctrina y una fe, sino una decisión que nada ni nadie hará que cambie.

Tenemos, también, la razón y los medios de hacerla triunfar. Triunfaremos, pero no en el limitado campo de una victoria material contra la subversión y sus agentes, sino en el de la consolidación de los procesos fundamentales que nos conducen a la Liberación Nacional y Social del Pueblo Argentino, que sentimos como capítulo fundamental de la liberación nacional y social de los pueblos del continente.

Las fuerzas del orden —pero del orden nuevo, del orden revolucionario, del orden del cambio en profundidad— han de imponerse sobre las fuerzas del desorden entre las que se incluyen, por cierto, las del viejo orden de la explotación de las naciones por el imperialismo, y la explotación de los hombres por quienes son sus hermanos y debieran comportarse como tales.

Todo esto —y todos tenemos conciencia de ello— se encuentra en marcha. Cada día que pasa nos acerca a las metas señaladas.

Ha comenzado de este modo el tiempo en que para un argentino no hay nada mejor que otro argentino. Esto sólo es ya revolución de suficiente trascendencia como para agradecer a Dios que nos haya permitido vivir para disfrutarlo.

Estamos terminando con la improvisación, porque no sólo el País lo exige, sino que el mundo no admite otra alternativa.

Se percibe ya con firmeza que la sociedad mundial se orienta hacia un universalismo que, a pocas décadas del presente, nos puede conducir a formas integradas, tanto en el orden económico como en el político.

La integración social del hombre en la tierra será un proceso paralelo, para lo cual es necesaria una firme y efectiva unión de todos los trabajadores del mundo, dada por el hecho de serlo y por lo que ellos representan en la vida de los pueblos.

La integración económica podrá realizarse cuando los imperialismos tomen debida conciencia de que han entrado en una nueva etapa de su accionar histórico, y que servirán mejor al mundo en su conjunto y a ellos mismos, en la medida en que contribuyan a concebir y accionar a la sociedad mundial como un sistema, cuyo único objetivo resida en lograr la realización del hombre en plenitud, dentro de esa sociedad mundial.

La integración política brindará el margen de seguridad necesario para el cumplimiento de las metas sociales, económicas, científico-tecnológicas y de medio ambiente, al servicio de la sociedad mundial.

El itinerario es inexorable, y tenemos que prepararnos para recorrerlo. Y, aunque ello parezca contradictorio, tal evento nos exige desarrollar desde ya un profundo nacionalismo cultural como única manera de fortificar el ser nacional, para preservarlo con individualidad propia, en las etapas que se avecinan.

El mundo en su conjunto no podrá constituir un sistema, sin que a su vez estén integrados los países en procesos paralelos.

Mientras se realice el proceso universalista, existen dos únicas alternativas para nuestros países: neocolonialismo o liberación.

Construir al mundo en su conjunto exige liberarse de dominadores particulares. Es ésta, pues, la esencia conceptual de nuestra Tercera Posición, que tendrá que ser plasmada en un Tercer Mundo, más allá de fronteras ideológicas.

La pertinacia en levantar fronteras ideológicas no hace sino demorar el proceso y aumentar el costo de construcción de la sociedad mundial.

Para construir la sociedad mundial, la etapa del continentalismo configura una transición necesaria. Los países han de unirse progresivamente sobre la base de la vecindad geográfica y sin imperialismos locales y pequeños. Esta es la concepción de la Argentina para Latinoamérica: justa, abierta, generosa, y sobre todas las cosas, sincera.

A niveles nacionales, nadie puede realizarse en un país que no se realiza. De la misma manera, a nivel continental, ningún país podrá realizarse en un continente que no se realice.

Queremos trabajar juntos para edificar a Latinoamérica dentro del concepto de comunidad organizada. Su triunfo será el nuestro. Hemos de contribuir al proceso con toda la visión, la perseverancia y el tesón que hagan falta.

Solo queremos caminar al ritmo del más rápido. Y, teniendo en cuenta que no todos han de pensar de la misma manera, respetuosos de sus decisiones, habremos de unirnos resueltamente con quienes quieran seguir nuestro propio ritmo.

Latinoamérica es de los latinoamericanos. Tenemos una historia tras de nosotros. La historia del futuro no nos perdonaría el haber dejado de ser fieles a ella.

Paralelamente, nos uniremos a la acción de los países del Tercer Mundo, con los cuales ya estamos unidos en la idea.

Nuestra tarea común es la liberación. Liberación, tiene muchos significados:

En lo político, configurar una nación sustancial, con capacidad suficiente de decisión nacional, y no una nación en

apariencia que conserva los atributos formales del poder, pero no su esencia.

En lo económico hemos de producir básicamente según las necesidades del pueblo y de la Nación, y teniendo también en cuenta las necesidades de nuestros hermanos de Latinoamérica y del mundo en su conjunto. Y a partir de un sistema económico que hoy produce según el beneficio, hemos de armonizar ambos elementos para preservar recursos, lograr una real justicia distributiva, y mantener siempre viva la llama de la creatividad.

En lo socio-cultural queremos una comunidad que tome lo mejor del mundo del espíritu, del mundo de las ideas y del mundo de los sentidos, y que agregue a ello todo lo que nos es propio, autóctono, para desarrollar un profundo nacionalismo cultural, como antes expresé. Tal será la única forma de preservar nuestra identidad y nuestra autoidentificación. Argentina, como cultura, tiene una sola manera de identificarse: Argentina. Y para la fase continentalista en la que vivimos y universalista hacia la cual vamos, abierta nuestra cultura a la comunicación con todas las culturas del mundo, tenemos que recordar siempre que Argentina es el hogar.

En lo científico-tecnológico, se reconoce el núcleo del problema de la liberación. Sin base científico-tecnológica propia y suficiente, la liberación se hace también imposible. La liberación del mundo en desarrollo exige que este conocimiento sea libremente internacionalizado sin ningún costo para él. Hemos de luchar por conseguirlo; y tenemos para esta lucha que recordar las esencias: todo conocimiento viene de Dios.

La lucha por la liberación es, en gran medida, lucha también por los recursos y la preservación ecológica, y en ella estamos empeñados. Los pueblos del Tercer Mundo albergan las grandes reservas de materias primas, particularmente las agotables. Pasó la época en que podían tomarse riquezas por la fuerza, con el argumento de la lucha política entre los países o entre ideologías.

Tenemos que trabajar para hacer también del Tercer Mundo una comunidad organizada. Esta es la hora de los pueblos y concebimos que, en ella, debe concretarse la unión de la humanidad.

Finalmente, la liberación exige una correcta base institucional, tanto a nivel mundial como en los países individualmente. La organización institucional tendrá que ser establecida una vez clarificado: qué se quiere, cómo ha de lograrse lo que se quiere, y quién ha de ser responsable por cada cosa. Venimos haciendo en el país una revolución en paz para organizar a la comunidad y ubicarla en óptimas condiciones a fin de afrontar el futuro.

Revolución en paz significa para nosotros desarmar no sólo las manos sino los espíritus, y sustituir la agresión por la idea, como instrumento de lucha política.

Hemos sido consecuentes con este principio. Así, reunimos a los máximos líderes de partidos políticos que no integran el Frente Justicialista de Liberación, en diálogo abierto y espontáneo con los ministros del Poder Ejecutivo Nacional, y seguiremos haciéndolo en adelante.

La juventud argentina llamada a tener un papel activo en la conducción concreta del futuro, ha sido invitada a organizarse. Estamos ayudándola a hacerlo sobre la base de la discusión de ideas, y comenzando por pedir a cada grupo juvenil que se defina y que identifique cuáles son los objetivos que concibe para el País en su conjunto.

Este es el inicio. El fin es la unión de la juventud argentina sin distinciones partidarias; y el camino es el del respeto mutuo y la lucha ardorosa, sí, pero por la idea.

Los trabajadores, columna vertebral del proceso, están organizándose para que su participación trascienda largamente de la discusión de salarios y condiciones de trabajo. El País necesita que los trabajadores, como grupo social, definan cuál es la sociedad a la cual aspiran, de la misma manera que los demás grupos políticos y sociales. Ello exige capacitación intensa y requiere también que la idea constituya la materia prima que supere a todos los demás instrumentos de lucha.

Los empresarios se han organizado sobre bases que han hecho posible su participación en el diálogo y el compromiso. De aquí en más, el Gobierno ha de definir políticas, actividad por actividad, y comprometer al empresariado en una tarea conjunta, para que su capacidad creativa se integre al máximo en el interés del País.

Para identificar el papel de los intelectuales, hay que comenzar por recordar que el País necesita un modelo de referencia que contenga, por lo menos, los atributos de la sociedad a la cual se aspira, los medios de alcanzarlos, y una distribución social de responsabilidades para hacerlo.

Este proceso de elaboración nacional tendrá que lograrse convergiendo tres bases al mismo tiempo: lo que los intelectuales formulen, lo que el País quiera y lo que resulte posible realizar. A ellos toca organizarse para hacerlo. El intelectual argentino debe participar en el proceso, cualquiera sea el país en que se encuentre.

Las Fuerzas Armadas están trabajando con el concepto de guerra total y, en consecuencia, de defensa total. La verdadera tarea nacional es la de liberación, y nuestras Fuerzas Armadas la han asumido en plenitud. La defensa se hace así contra el neocolonialismo, y el compromiso de las Fuerzas es con el desarrollo social integrado del País en su conjunto, realizado con sentido nacional, social y cristiano.

Hay una cabal coincidencia entre la concepción de la Iglesia, nuestra visión del mundo y nuestro planteo de justicia social, por cuanto nos basamos en una misma ética, en una misma moral, e igual prédica por la paz y el amor entre los hombres.

En cuanto a la mujer, estamos profundamente satisfechos, como mandatarios y como hombres, de su evolución en nuestra sociedad. Más de veinticinco años pasaron desde que la asignación del derecho de voto femenino terminó con su subordinación política. Nuestras mujeres mostraron desde entonces que pueden trabajar, elegir y luchar como los varones, y preservar al mismo tiempo, los atributos de femineidad, y de esposas y madres ejemplares con que impregnan de afecto nuestra vida.

Estas concepciones, que vienen fortificando nuestra acción presente y que constituyen nuestro programa grande para el futuro, configuran el contenido básico del Modelo Argentino que en breve ofreceremos a la consideración del país.

Nuestra Argentina necesita un Proyecto Nacional, perteneciente al país en su totalidad. Estoy persuadido de que si nos pusiéramos todos a realizar este trabajo y si, entonces, comparáramos nuestro pensamiento, obtendríamos un gran espacio de coincidencia nacional.

Otros países que han elaborado un estilo nacional tuvieron uno de dos elementos en su ayuda: o siglos para pensarse a sí mismos, o el catalizador de la agresión externa. Nosotros no tenemos ni una ni otra cosa. Por ello, la incitación para redactar nuestro propio modelo tiene que venir simplemente de nuestra toma de conciencia.

Como Presidente de los argentinos propondré un modelo a la consideración del país, humilde trabajo, fruto de tres décadas de experiencia en el pensamiento y en la acción. Si de allí surgen propuestas que motiven coincidencias, su misión estará más que cumplida.

El modelo argentino precisa la naturaleza de la democracia a la cual aspiramos, concibiendo a nuestra Argentina como una democracia plena de justicia social. Y en consecuencia, concibe al Gobierno con la forma representativa, republicana, federal y social. Social por su forma de ser, por sus objetivos y por su estilo de funcionamiento.

Definida así la naturaleza de la democracia a la cual se aspira, hay un solo camino para alcanzarla: gobernar con planificación.

Habremos también de proponer al país una reforma de la Constitución Nacional. Para ello estamos ya trabajando desde dos vertientes: por un lado, recogiendo las opiniones del país; y por el otro, identificando las solicitudes del modelo argentino.

Quiero finalmente referirme a la participación dentro de nuestra democracia plena de justicia social. El ciudadano como tal se expresa a través de los partidos políticos, cuyo eficiente

funcionamiento ha dado a este recinto su capacidad de elaborar historia. Pero también el hombre se expresa a través de su condición de trabajador, intelectual, empresario, militar, sacerdote, etcétera. Como tal, tiene que participar en otro tipo de recinto: el Consejo para el Proyecto Nacional que habremos de crear enfocando su tarea sólo hacia esa gran obra en la que todo el país tiene que empeñarse.

Ningún partícipe de este Consejo ha de ser un emisario que vaya a exponer la posición del Poder Ejecutivo, o, de cualquier otra autoridad que no sea el grupo social al que represente.

Queremos, además, concretar nuestro pensamiento acerca de la forma de configurar las concepciones de cada grupo social y también de cada grupo político. Concebimos que los criterios formalizados en bases, plataformas u otros cuerpos escritos que expresen el pensamiento de partidos políticos y de grupos sociales, no pueden ser otra cosa que su versión del Proyecto Nacional.

Esclarezcamos nuestras discrepancias y, para hacerlo, no transportemos al diálogo social institucionalizado nuestras propias confusiones. Limpiemos por dentro nuestras ideas, primero, para construir en el diálogo social después.

Estas son, señores Legisladores, las principales reflexiones que, como Presidente de todos los argentinos, me he sentido en el deber de traer hoy a vuestra alta consideración.





| ENTREVISTAS |

## **Llueve en cachemira**

“Llueve en Cachemira”,  
dice el reporte de la televisión,  
mientras despliega escenas  
de pueblos inundados.

Hace tres días que llueve  
y no hay indicios de que la lluvia  
vaya a amainar o a detenerse  
de manera inmediata.

Pero aunque no fuera cierto  
y nunca hubiera llovido en Cachemira  
en todos los días de su larga historia,  
igual seguiría lloviendo en este poema.

Así de real es la poesía.

(De *Un arte invisible*, 2016)

Autor: *César Cantoni*

**Arte de la portada: Mauricio Andrés Valenti**  
**Serie *Inmigrantes migrados 2019***

---

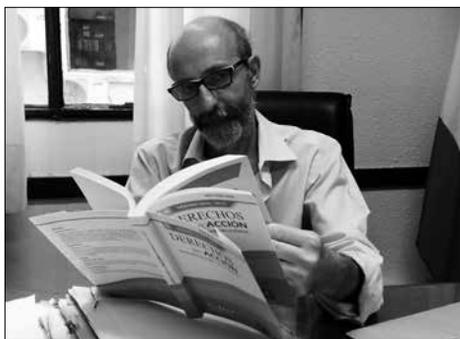
## Entrevista al Fiscal Gabriel De Vedia

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

Año 4/Nº 10 Verano 2018/2019 (21 diciembre a 21 marzo), 497-502

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e267>

---



**REDEA:** ¿Cómo encuentra se la situación actual de la seguridad social en el país?

**GDV:** La situación de la Seguridad Social en un país determinado hay que entenderla desde cuestiones estructurales y cuestiones coyunturales y como cuadro intermedio, cuestiones estructurales y cuestiones coyunturales. Como estructural, la Argentina tiene un problema que no escapa al mundo entero: un diseño social desde lo liberal, visiones individualistas, triunfando el liberalismo, lo que ha llevado a diseñar a la sociedad desde lo individual y no desde lo colectivo. Y menos se diseñó con el concepto de “pueblo”, elemento fundamental de la noción de Estado. Hay que trabajar para que la sociedad cambie sus esquemas mentales, la sociedad no se puede diseñarse desde lo individual sino desde lo colectivo. Pero sin embargo, hay una sinergia entre ambos que complica la situación. Si se tienen diseños individuales, las políticas de Seguridad Social se verán

desde este prisma. Pero si hay diseños sociales, sin caer en doctrinas colectivistas, habrá otro concepto de sociedad y se entenderá que las políticas de Seguridad Social deben diseñarse desde lo colectivo y desde el concepto de pueblo.

Salvando esta cuestión estructural, podemos entender cuestiones estructurales y coyunturales. En el país es compleja la situación: porque la Seguridad Social como herramienta para distribuir el ingreso, trabajar para la justicia social, pensar en esquemas de inclusión se vuelve complicado si constantemente aumenta la insatisfacción social; si los individuos advierten ausencia del Estado en cuestiones esenciales de la sociedad. Ahí aparecen problemas coyunturales que se pueden volver estructurales. ¿Cuál es un problema coyuntural hoy? Un problema coyuntural es la falta de empleo. La Seguridad Social exorbita lo laboral, lo incluye. El ser humano no es una sustancia aislada de lo que sucede en la sociedad, ni es un compartimento estanco. Se mueve en un contexto familiar, de amigos, que sufren las peripecias de la salud, de actos previsionales, de actos civiles, sociales. La Seguridad Social forma un rol esencial para tener un marco de comprensión, un marco de paliativos de esas contingencias para lograr actos civiles, comerciales y para lograr la satisfacción como persona. Para esto, es necesario la plena satisfacción de derechos humanos, civiles, sociales, comerciales. Sin estos no habrá una verdadera satisfacción de la Seguridad Social al servicio del ser humano.

Desde esta perspectiva hay que analizar los distintos sistemas de la Seguridad Social. Uno de ellos es el previsional: en él se han dado situaciones regresivas que no han sido lo progresivo que establece la Constitución Nacional ni la Convención American de Derechos Humanos ni el PIDESC. Argentina se comprometió en llevar adelante medidas progresivas ¿Cómo se mide el carácter progresivo? Se compara una norma vigente con un proyecto de ley y si esa norma ensancha derechos, o genera más derechos, es progresiva. Pero si restringe derechos y los coloca en un estado de inferioridad en reconocer derechos, es una norma regresiva e inconstitucional. La nueva norma de

reajuste por movilidad es regresiva en este sentido. Las distintas acciones del ANSES que han hecho en estas cuestiones también. Otra es el problema de la quita de pensiones no contributivas o pensiones por discapacidad. Desde el punto de vista de la salud, hay problemas agudizados como el acceso a la salud pública. A menor empleo, menos personas tendrán obra social, prepagas y esto hace colapsar el sistema público que si encima se observa como la Ley de Presupuesto va mermando los recursos, hay menos recursos y más necesidades. Otro problema en la Seguridad Social son las viviendas: personas en situación de calle es el ejemplo de un Estado ausente. Este es el estado real de la Seguridad Social.

Y no hay que descartar aspectos vitales de una sociedad como es el estado de ánimo que se genera cuando no se satisfacen las necesidades básicas, cuando se siente que los derechos son pisoteados y cuando aumenta la preocupación por los seres queridos: ancianos, niños. La situación hace que el estado de ánimo colectivo no sea el mejor, el que se necesita para que una sociedad progrese.

**REDEA:** ¿Qué dificultades existen hoy en la Jurisdicción Federal de la Seguridad Social?

**GDV:** Se puede hablar de distintas dificultades. Una estructural y otra coyuntural de nuevo. La estructural: hay un problema de la Justicia Federal de la Seguridad Social porque hay 10 juzgados federales y 3 salas para entender todos los litigios. Si bien es cierto que la proporción litigio/jubilados no es relevante (ya que de 8 millones de jubilados, los juicios no llegan al 4%) encima tramitan con juicios largos que pueden tardar hasta 10 años. Argentina acá no cumple tampoco las Convenciones, ni el art. 8 y 25 de la C.A. que exige un plazo razonable en los procesos y en los juicios. Un juicio no puede ser largo. De ahí que la irracionalidad deviene en un proceso cuyo trámite sería inconstitucional. Encima los juicios previsionales se rigen por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Absurdo total. Cualquier persona podría darse cuenta que un código procesal

civil y comercial no puede regir la vida de un juicio previsional, éste fue legislado para procesos civiles y comerciales. No previsionales.. Los juicios de seguridad social que exigen mejorar los haberes jubilatorios de carácter alimentario y tuitivo el carril procesal por el que transite es el mismo que se pensó para actos comerciales y civiles. Es una maquiavélico voluntad estatal en el año 94 y 95 de hacer un esquema de juicios largos para que el Estado pague en el largo plazo. Un juicio de 2 años pasó a tardar 10 años. Esto requiere urgente modificación. La naturaleza jurídica del derecho adjetivo procesal debe revestir las mismas características del derecho de fondo: un derecho previsional que es de carácter alimentario y tuitivo requiere de un carril procesal adaptado a esas circunstancias. Debe haber adecuación entre derecho instrumental y derecho de fondo.

En perjuicio de eso, veo buena voluntad de magistrados que da la impresión de estar a la altura de las circunstancias en sus sentencias. Y espero que se puedan modificar algunas visiones que, en vez de favorecer derechos, devienen en visiones restrictivas y me imagino que se va a estar a la altura de las circunstancias.

**REDEA:** Diversos actores sociales los han postulado al cargo de Defensor del Pueblo de la Nación ¿Cuál es la situación de esa institución?

**GDV:** Diversas organizaciones sociales han postulado a mi persona como candidato a Defensor del Pueblo de la Nación. Han interpuesto presentaciones en la presentación bicameral en la Defensoría del Pueblo de la Nación. Éste trámite tiene número de expediente y trámite parlamentario. Al tener trámite parlamentario el Congreso de la Nación le debe dar un trámite favorable. Parte de estas organizaciones sociales, hay algunas que se dedican a la salud, a derechos humanos, a defensa del consumidor, del animal, víctimas de violencia, son varias. La situación de esta institución es de omisión inconstitucional: el Estado omite inconstitucionalmente. No cumple con el art. 86 de la Constitución que es la vigencia de autoridades, que es el

Defensor de la Nación. Las Naciones Unidas advirtieron que la Argentina no cumple esto. A su vez, la Corte Suprema ha requerido al Estado que nombre al Congreso al Defensor del Pueblo. Y la Corte Suprema de la Nación también, como en fallos como Defensor del Pueblo del Chaco impugnando tarifas nacionales exorbitantes; la Corte le ha negado a la Defensoría del Pueblo del Chaco legitimación para impugnar tarifas nacionales, diciendo que sólo el Defensor del Pueblo de la Nación lo puede hacer. Pero éste no está electo, entonces la situación es grave. Por eso la situación es de una debilidad institucional y de omisión inconstitucional y de alarmante preocupación: son 10 años de inconstitucionalidad de tracto sucesivo, de ejecución continuada. Es una situación lamentable del cumplimiento de la constitución. Los llamados gobiernos de facto (entiendo que no se puede hablar de gobierno de facto sino de usurpación del poder) esos golpes de estado están cumpliendo una situación de ilegalidad continua. Bueno, lo mismo sucede con el Defensor del Pueblo que marca la constitución.

**REDEA:** Y, en caso de ser elegido: ¿Qué planes de gestión/acción piensa desarrollar?

**GDV:** El plan busca trabajar en ejes temáticos y trabajo de territorio. Ejes temáticos pensemos en todas las contingencias sociales que existen, en todas cuestiones que se pueden violar en derechos humanos y en eso trabajará la Defensoría de la Nación. Un ejemplo: la perspectiva de género. Vamos a trabajar porque la mujer esté realmente representada en funciones importantes en la Defensoría del Pueblo. Y también pensemos todas aquellas cuestiones donde la mujer fue y es víctima y sigo siendo desplazada y vapuleada, en todas esas cuestiones trabajaremos: femicidios, desigualdad estructural en la conformación social en los cargos y funciones que se otorgan el hombre en preferencia sobre la mujer. En empleo, demostraremos por qué la mujer es más perjudicada que el hombre y queremos demostrar la radiografía de cómo la mujer fue más víctima en las cuestiones laborales. Denunciaremos las cuestiones de trata,

narco criminalidad, y todos los derechos que se pierden con el desempleo: acceso a la salud, situaciones emocionales, la reconstitución de la dignidad. Son todos ejes en los cuales trabajaremos. También trabajaremos en las cuestiones de protesta en las calles. Seremos una Defensoría con las puertas abiertas: no callaremos voces ni menos que menos reclamos de derechos. Entendiendo situaciones, saldremos a apoyar el reclamo de derecho de la ciudadanía y vamos a estar con ellos para que no sean más víctima de violencia institucional. Y más todavía las personas de bajos recursos o las personas de vulnerabilidad de situación estructural: mujeres, adolescentes varones y mujeres y las personas trans o todo lo que es transgénero.

Trabajaremos en la Defensa del Consumidor. Estaremos presentes en todas las denuncias con las tarifas injustas: luz, gas, agua. Trabajaremos porque haya un reconocimiento judicial y social de que todos los servicios son derechos humanos donde ningún ser humano puede ser apartado.

Son largos los ejes temáticos porque las necesidades son muchas. Defenderemos al pueblo de toda deuda social e injusta. No se puede someter la soberanía de un pueblo al establishment económico y a un conjunto de empresarios como es el FMI.



